This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HDI
HL 2AQE 4

Digitized by Google

A7
Iering, R
Duel...

HARVARD LAW LIBRARY

Received SEP 29 1931

Digitized by Google

Digitized by Google

2.50

Digitized by Google

ДУХ РИМСКАГО ПРАВА

НА

РАЗЛИЧНЫХ СТУПЕНЯХ ЕГО РАЗВИТІЯ.

Rudolf von Jhering

РУДОЛЬФА ІЕРИНГА,

ОРДИНАРНАГО ПРОФЕССОРА ПРАВ В ГЁТТИНГЕНѢ.

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.

ПЕРЕВОД

С ТРЕТЬЯГО, ИСПРАВЛЕННАГО НѢМЕЦКАГО ИЗДАНІЯ.

С.-ПЕТЕРБУРГ.

В ТИПОГРАФІИ В. ВЕЗОБРАЗОВА И КОМП.

(Вас. Остр., 8 линія, № 45).

1875.

Digitized by Google

SEP 29 1931

Дозволено цензурою. С.-Петербургъ, 9 сентября 1875 г.

Digitized by Google

ИЗ ПРЕДИСЛОВІЯ

КО ВТОРОМУ ИЗДАНІЮ. *)

— — Я воздерживаюсь от выдачи новому изданію охранной и рекомендательной грамоты. Что есть дурнаго в книгѣ, ею не будет оправдано или прикрыто; что есть в ней хорошаго, само проложит себѣ путь. От одного только замѣчанія я не могу удержаться. Вся цѣль моего сочиненія была бы не понята, еслибы кто захотѣл разсматривать его как относящееся по своему существу к исторіи права. Моя цѣль есть не *римское* право, но право *вообще*, изслѣдованное и сдѣланное наглядным на римском, другими словами, моя задача принадлежит скорѣе философіи и догматикѣ права, чѣм его исторіи, понимая послѣднее выраженіе в том смыслѣ, в котором наша теперешняя наука понимает и старается разрѣшить задачу исторіи права. Чтобы оттѣнить это уже в заглавіи, я в первом изданіи прибавил к послѣднему: «К ученію о природѣ права», однако снова вычеркнул это прибавленіе при просмотрѣ корректурнаго листа, отчасти чтобы не дѣлать заглавія слишком длинным, отчасти чтобы не дѣлать его еще болѣе притязательным и вызывающим, чѣм оно уже есть само по себѣ. Потому что, как мог бы я

*) Я перенес из этого предисловія только то, что еще имѣет интерес для предстоящаго третьяго изданія.

Digitized by Google

утаить от себя то, что уже слово «Дух» в заглавіи представляет вызов — первую грубую ошибку книги? Этого заглавія я не могу теперь болѣе взять назад, и я болѣе не хочу измѣнять его и теперь принятіем тогда опущеннаго прибавленія, но я попросил бы юридическаго читателя, привыкшаго к фикціям, принять фикцію, как будто бы оно стояло на заглавном листѣ.

В заключеніе еще одно замѣчаніе о вопросѣ чисто внѣшнем. Неминуемым неудобством всякаго втораго изданія является то, что цитаты перваго изданія, заключающія нумера страниц, обыкновенно к нему болѣе не подходят, и при различных выпусках, перестановках и бо́льших прибавленіях, которые я произвел, отступленіе при нумераціи страниц перваго и втораго изданія мѣстами весьма значительно. Так как при моих собственных цитатах я весьма часто ссылаюсь на примѣчанія, то я пытался нѣсколько помочь этому тѣм, что оставил прежніе нумера примѣчаніям, перенесенным из перваго изданія, даже если эти нумера по причинѣ выпаденія одного или нѣскольких предшествующих нумеров болѣе не подходили. Вновь прибавляемым давал я, гдѣ не было для них свободнаго нумера, нумер предшествующих с прибавленіем букв. Сокращеніе, которым я пользовался при цитированіи моего сочиненія: латинскія цифры для части, арабскія для страниц, с выпущеніем «том» и «стр.», не нуждается в объясненіи.

АВТОР.

ГИССЕН.
23 января, 1866.

Digitized by Google

ПРЕДИСЛОВІЕ

К ТРЕТЬЕМУ ИЗДАНІЮ.

В настоящем изданіи имѣлось первоначально в виду без измѣненій перепечатать второе, оно превратилось однако в теченіи печатанія в пересмотр послѣдняго, при котором я наложил на себя только то внѣшнее ограниченіе, что старался по мѣрѣ возможности держаться в рамках числа страниц втораго изданія. А именно, одновременно с этим третьим изданіем работаю я над весьма подробным указателем для всѣх трех до сих пор явившихся томов, который закончит собой находящійся в данную минуту в работѣ второй отдѣл третьей части и будет разсчитан на всѣ три изданія. Для втораго и третьяго изданія желаю я при этом из внѣшних соображеній удержать одну и ту же нумерацію страниц, так что только существенно отличающійся счет страниц перваго изданія будет нуждаться в особом упоминаніи. В настоящем томѣ до его средины счет страниц вполнѣ согласуется со вторым изданіем, начиная отсюда встрѣчаются там и сям незначительныя отступленія, которыя никоим образом не могли бы затруднить употребленіе вышеупомянутым образом составленнаго указателя, так как обыкновенно они простираются едва до трети одной страницы. Ближе к концу я нѣкоторыя части совершенно переработал, многое значительно сократил и тѣм очистил мѣсто для дальнѣйших

Digitized by Google

изслѣдованій предмета. За исключеніем послѣдних и случайных, болѣе мелких прибавленій, измѣненія этого изданія касаются только слога. Печатаніе втораго отдѣла третьей части начнется еще в этомъ году, а в слѣдующем я надѣюсь имѣть возможность представить его публикѣ вмѣстѣ с указателем. О причинах, которыя так непозволительно долго затянули его обработку, я имѣл уже случай высказаться в другом мѣстѣ. Эти причины лежали в трудности той задачи, которой я достиг в концѣ части III, отдѣла I: начавшейся там теоріи прав. С другой стороны полнѣйшее отсутствіе предварительных работ по этой задачѣ принудило меня отыскивать себѣ шаг за шагом свой собственный путь, и чѣм далѣе подвигался я при этом вперед, тѣм болѣе убѣждался в том, как еще мало здѣсь сдѣлано, так что даже самые основные проблемы и вопросы, к которым приводила меня логическая необходимость изслѣдованія, как будто и не существовали до нынѣ для нашей науки. Над такими основными вопросами права, при которых надо еще только ставить и отыскивать проблему и ея рѣшеніе, нельзя работать таким же образом, как над задачами, для которых находишь матерьял собранным в богатѣйших размѣрах в существующей литературѣ, нужно цѣлые годы вынашивать их и дать им мало по малу созрѣть, я сказал бы: надо их пережить и этот опыт я должен был в богатѣйших размѣрах произвести над собой.

АВТОР.

ГЁТТИНГЕН.
3 апрѣля 1873.

Digitized by Google

ОГЛАВЛЕНІЕ ПЕРВОЙ ЧАСТИ.

ВВЕДЕНІЕ.

Задача и метод ея рѣшенія.

§ 1. *Значеніе римскаго права для новаго міра.*
Идея всеобщности и національности. — Значеніе Рима для всемірноисторическаго осуществленія первой идеи. — Ея возможность в области права. — Взаимная помощь народовъ. — Характер развитія новаго права. — Римское право — культурный элемент новаго міра. Стр. 1—13.

§ 2. Необходимость разрѣшенія задачи. — Наша теперешняя наука и ея научный аппарат. Стр. 13—21.

Метод изложенія исторіи права.

I. Требованія, заключающіяся в природѣ права.

§ 3. 1. Анатомическое изслѣдованіе правоваго организма. — Его составныя части: правовыя положенія, правовыя понятія, правовые институты.— Психическая организація права. — Различіе между объективным правом и субъективным его познаваніем (скрытыя составныя части права). — Задача науки. Стр. 21 — 40.

§ 4. 2. Физіологическое изслѣдованіе правоваго организма. — Функція его в жизни. — Формальная осуществимость права. — Задача историка по отношенію к праву минувших времен. Стр. 41—49.

II. Требованія, лежащія въ понятіи исторіи.

§ 5. Выдѣленіе несущественных фактов. — Внутренняя связь фактов и момент времени. — Внутренняя хронологія или абсолютное и относительное опредѣленіе времени по внутренним признакам. Стр. 49—68.

§ 6. План послѣдующаго изложенія. — Три системы права. Стр. 69 — 73.

Digitized by Google

КНИГА ПЕРВАЯ.

Исходныя точки римскаго права.

§ 7. Первобытное состояніе. — Сила памяти римскаго народа. — Дополненіе преданія этимологіей и обратными заключеніями из позднѣйшаго права. Стр. 77—81.

§ 8. Римская космогонія права. — Характеристичное в ней для римскаго образа мыслей. Стр. 82—88.

ОТДѢЛ ПЕРВЫЙ.

Исходныя точки или первоначальные элементы римскаго права.

§ 9. Минимум историческихъ началъ. Стр. 88—92.

I. Принцип субъективной воли — первоначальный источник римскаго частнаго права.

А. Установленіе прав личной дѣятельной силой и энергіей.

§ 10. Дѣятельная субъективная воля в ея направленіи на установленіе права (право добычи). — Пристрастіе римскаго права к непосредственным способам пріобрѣтенія. Стр. 93—102.

В. Система самоуправства.

§ 11. 1. Всеобщее обозрѣніе. — Почин права самоуправством. — Сила на службѣ у права. — Утвержденіе различія между несомнѣнными и сомнительными притязаніями. — Безразличность различных родов неправоты. Стр. 102—112.

§ 11[a]. 2. Месть и возникновеніе частной пени. Стр. 112—121.

§ 11[b]. 3. Свидѣтели. Интерес свидѣтелей в исходѣ самоуправства. — Гипотеза о первоначальном назначеніи свидѣтелей (testis = помощник) — Testamentum in comitiis calatis. Стр. 121—130.

§ 11[c]. 4. Формы и область законнаго самоуправства. Торжественныя формы самоуправства: manus injectio и pignoris capio. — Процессуальное оспариваніе их законности (производство опроверженія и доказательства). — Безформенное самоуправство. Стр. 130—144.

Digitized by Google

С. Полюбовное окончаніе правоваго спора.

§ 12. Договорное рѣшеніе правовых ссор. — Присяга и третейскій судья. — Подчиненіе судейскому приговору (litis contestatio). Стр. 144—151.

II. Семейство и военное устройство — исходныя точки государственнаго устройства.

§ 13. Предварительное замѣчаніе. Стр. 152—157.

1. Семейный принцип.

§ 14. Родовая связь. — Род = семейство в большом и государство в малом видѣ. — Вліяніе на все право вообще. Стр. 157—178.

§ 15. Государство с точки зрѣнія субъективнаго принципа. — Политическое сотоварищество индивидуумов. — Основаніе карающей власти — месть, законодательной власти и правоваго покровительства — договор. — Lex и jus. — Дуализм признанных государством и просто субъективных прав. Стр. 178—193.

§ 16. Положеніе внѣ общества. — Полное отрицаніе права, военное положеніе. — Относительная правота этой точки зрѣнія. — Смягченія. — Вліяніе торговли. — Hospitium. — Возникновеніе международнаго права из договора. — Кліентство, precarium и peculium. Стр. 193—210.

2. Вліяніе военнаго устройства на государство и право.

§ 17. Выгодное вліяніе войны на государственное устройство. — Государственное устройство = военное устройство. — Военное дѣленіе народа. — Принцип подчиненія. — Imperium. — Военный характер царскаго достоинства. — Карающая власть. — Вліяніе военнаго устройства на воспитаніе народа. — Склонность к внѣшнему порядку и чувство законности. Стр. 211—227.

III. Религіозный принцип с его вліяніем на государство и право.

§ 18. Противоположность религіознаго (fas) и свѣтскаго (jus) права. — Проявленіе религіознаго элемента в различных частях права, особенно в уголовном правѣ. — Наказаніе какъ средство религіознаго очищенія. — Homo sacer. — Частное право. Стр. 227—250.

§ 18[a]. Коллегія понтифексов. — Ея компетенція в вопросах Fas. — Расширеніе ея дѣятельности — добровольная юрисдикція — тяжебная юрисдикція. — Legis actio sacramento = форма процесса в духовном судѣ. Стр. 250—263.

§ 19. Общее всѣх этих исходных точек. Стр. 263—267.

Digitized by Google

ОТДѢЛ ВТОРОЙ.

Отношеніе римскаго духа к данным исходным точкам.

§ 20. 1. Существо римскаго духа и его предназначеніе к культурѣ права. Стр. 267—291.

§ 21. 2. Отношеніе римскаго духа к данным исходным точкам, в особенности к религіи. Стр. 291—309.

Digitized by Google

ВВЕДЕНІЕ.

ЗАДАЧА И МЕТОД ЕЯ РѢШЕНІЯ.

ЗНАЧЕНІЕ РИМСКАГО ПРАВА ДЛЯ НОВАГО МІРА.

Идея всеобщности и національности. — Значеніе Рима для всемірноисторическаго осуществленія первой идеи. — Ея возможность в области права. — Взаимная помощь народов. — Характер развитія новаго права. — Римское право — культурный элемент новаго міра.

I. Три раза Рим диктовал міру законы, три раза приводил народы к единству: в первый раз, когда римскій народ был еще в полной своей силѣ — к единству *государства;* во второй раз послѣ того, как этот народ уже исчез — к единству *церкви;* в третій раз — вслѣдствіе усвоенія римскаго права в средніе вѣка — к единству *права;* в первый раз внѣшним принужденіем — силою оружія, два другіе раза — силою духа. Всемірно-историческое значеніе и призваніе Рима, схваченные одним словом, составляют преодолѣніе принципа національности идеею всеобщности. Тяжело вздыхали народы под гнетом внѣшних и духовных оков, в которых держал их Рим, тяжелых битв стоило им достигнуть сверженія ига. Но польза, полученная от этого исторіею и ими самими, превышает страданія, которыя они должны были вытерпѣть. Плодом первой борьбы, которую Рим побѣдоносно выдержал, было установленіе единства древняго міра. В Римѣ должны были встрѣтиться всѣ нити древней культуры, для того, чтобы исторія могла прикрѣпить к этому узлу нити новой христіанской культуры; всемірное владычество Рима

Digitized by Google

нашло свое оправданіе в христіанствѣ, которому оно проложило путь; без централизующаго языческаго Рима не возник бы и христіанскій Рим. Плодом втораго всемірнаго владычества, которое осуществлял Рим, было религіозное и нравственное воспитаніе новых народов. Римскій народ уже давно исчез, это было лишь тоже самое мѣсто, из котораго мір во второй раз получил свои законы, самые же законы не имѣли ничего общаго с древним Римом. Когда же в третій раз новые народы приняли свои законы от Рима, то их дал им древній Рим. Это была вновь ожившая часть истиннаго римскаго быта и жизни, цѣннѣе и оригинальнѣе всего остальнаго, что римскій народ оставил в искусствѣ и наукѣ в наслѣдіе послѣдующим вѣкам, лучшій цвѣт, богатѣйшій плод его духа. Странное явленіе! Мертвое право, пробуждающееся к новой жизни, право на чужом языкѣ, доступное только ученым, наталкивающееся всюду в жизни на противодѣйствіе и все-таки всюду завоевывающее себѣ доступ и побѣду! То, что не удалось во времена его существованія, процвѣтанія и силы — переродить права чуждых народов — то удалось ему пол-тысячелѣтія спустя; оно должно было сначала умереть для того, чтобы развернуться во всей своей силѣ. И в каких размѣрах оно развернулось! Вначалѣ — не болѣе как юридическая грамматика в руках учоных, оно вскорѣ подымается на степень уложенія для того, чтобы в концѣ концов, послѣ того, как внѣшній авторитет у него был оспорен и большею частію отнят, промѣнять его на несравненно высшій авторитет канона нашего юридическаго мышленія. Не в том заключается значеніе римскаго права для новаго міра, что оно временно считалось источником права — это значеніе и было только временно, но в том, что оно произвело полный внутренній переворот, преобразовало все наше юридическое мышленіе. Римское право сдѣлалось, так же, как христіанство, культурным элементом новаго міра.

Итак эта третья фаза римскаго всемірнаго владычества нисколько не должна бояться сравненія с двумя предъидущими. Пусть зрѣлище, предлагаемое нам ими, будетъ болѣе драматично, болѣе привлекательно для глаза и для воображенія, болѣе доступно обыкновенному пониманію — мыслящій дух будет не менѣе того плѣнен почти сказочным в извѣстном смыслѣ отрывком исторіи, разъигравшимся в римском правѣ и всегда будет причислять его к уди-

Digitized by Google

вительнѣйшим историческим явленіям, к самым рѣдким торжествам опирающейся на одну себя духовной силы.

Кто не подумает, что юриспруденція давно сдѣлала все, чтобы вполнѣ разъяснить это явленіе? Но черта чудеснаго, которая видна в нем, повторяется и в его литературной судьбѣ. Говоря это, я имѣю в виду не столько пренебреженіе его внѣшнею историческою стороною, уступившее мѣсто болѣе живой обработкѣ только в нашем вѣкѣ и представляющее странный контраст с тѣми силами и ученостью, которыя посвящались римскому праву впродолженіи нѣсколькиx вѣков (не смотря на все то, что было сдѣлано со времен Савиньи для исторіи римскаго права в средніе вѣка, исторія усвоенія его должна еще быть написана). Я имѣю в виду научное сужденіе о значеніи этого факта. Как бы парадоксально оно ни показалось несвѣдущим, до настоящаго дня господствует еще ученіе о сущности и природѣ положительнаго права, которое дѣлает безусловно невозможным правильное историко-философское пониманіе этого факта, а именно ученіе о національном характерѣ прав, провозглашенное и пущенное в ход преимущественно Савиньи, который положил его основным и краеугольным камнем основанной им исторической школы. «Историческая школа, так формулирует Савиньи ея программу [1]), принимает, что содержаніе права дано всѣм прошедшим націи, а не произволом, так чтобы оно могло случайно сдѣлаться тѣм или другим, но что оно вышло из внутренней сущности націи и из ея исторіи». Очевидно, что этим над вышеупомянутым фактом произнесено осужденіе, ибо какую связь имѣет римское право «с совокупностью прошедшаго новых народов, их внутреннѣйшей сущностью и исторіей?» Оно является пришельцем, не имѣющим за себя никакого законнаго основанія, удаленія котораго никто, вслѣдствіе этого, не должен был бы желать болѣе ревностно, нежели Савиньи и историческая школа. Но именно они-то и взяли его под свою защиту, когда с точки зрѣнія національности потребовано было, чтоб оно наконец было изгнано.

Странная иронія научной судьбы! Мысль, которая должна на-

---

[1]) Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. I. S. 6. Подробнѣе в его сочиненіи: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Aufl. 3. S. 8 fl.

Digitized by Google

нести римскому праву смертельный удар, призывается спасти ему жизнь, знамя національности права развертывается в пользу римскаго права против тѣх, которые хотят сдѣлать из этой мысли правду. Римское право в теченіи времени сдѣлалось нашим — этим изворотом думали поставить его под защиту принципа національности. Пусть так, но какое слово оправданія найдет это ученіе в пользу того, что римское право *сдѣлалось* нашим? Когда римское право в первый раз постучало в нашу дверь, то вѣдь оно не было еще нашим; «все прошедшее нашего народа, его внутренняя сущность и вся его исторія» поднялись против него. На вопрос: по какому праву однако же открыли мы доступ пришельцу, это воззрѣніе не дает намъ отвѣта; с его точки зрѣнія разсужденіе объ усвоеніи римскаго права может привести только к слѣдующему: оно было необъяснимым заблужденіем исторіи, отпаденіем от «историческаго принципа», слѣдовательно, от самого себя — загадкой, разгадки которой нѣт у науки.

Развѣ преувеличеніе утверждать, что то направленіе в нашей наукѣ, которое присвоило себѣ имя историческаго и которое во всяком случаѣ оказало неоцѣнимыя услуги историческому изслѣдованію римскаго права, что это направленіе не смогло научно обосновать и оправдать факта, который представляет нам основаніе всего нашего правоваго состоянія; даже, как впослѣдствіи будет доказано, опредѣляет характер всей новой эпохи развитія права? Сколько бы оно не приводило внѣшних основаній и причин, которыя должны нам объяснить этот факт прагматически; но пока оно выставляет идею національности права, как исключительно вѣрную и руководящую, противорѣчіе, в котором находится его ученіе с усвоеніем римскаго права, останется вѣчно неразрѣшенным — через дверь національности римское право никогда не войдет в нашу науку.

Именно этим осуждается этот взгляд, потому что усвоеніе римскаго права есть раз навсегда факт, котораго наука не может игнорировать и с которым, что̀ бы она ни учила об исторической сущности права, она должна быть в согласіи.

И развѣ так трудно найти настоящую точку зрѣнія? Откроем только наши глаза, исторія нам ее навязывает, куда бы мы ни посмотрѣли. Жизнь народов не есть изолированное стояніе друг

Digitized by Google

подлѣ друга; но — как жизнь отдѣльных личностей въ государствѣ — есть общеніе, система взаимных соприкосновеній и вліяній — дружественных и враждебных, отдача и присвоеніе, заимствованіе и сообщеніе, короче — громадный обмѣн, охватывающій всѣ стороны человѣческаго бытія. Тот же самый закон, который имѣет силу для міра матеріальнаго, существует и для духовнаго: жизнь есть заимствованіе извнѣ и внутреннее присвоеніе; усвоеніе и ассимиляція — вот двѣ основныя функціи, на существованіи и равновѣсіи которых основываются бытіе и здоровье всякаго живущаго организма. Прекратить заимствованіе извнѣ и присудить организм к развитію «изнутри» значит умертвить его — развитіе изнутри начинается только у трупа.

Отдѣльная личность не может избѣжать этого закона, не подвергнувшись тѣлесной или душевной смерти; ея жизнь есть непрерывное тѣлесное и душевное дыханіе. Но у народов уйти в самого себя, отражать всякое вліяніе извнѣ не безусловно немыслимо и в семействѣ их нашелся один — настоящій Дон-Кихот принципа національности —! который попробовал провести эту странную идею — это народ китайскій. Могут спросить, почему же народу этого не сдѣлать, если он чувствует себя при этом хорошо, если он сам отказывается от выгод сношеній и прикосновеній с другими народами? Вѣдь все-таки сам он страдает при этом всего больше. Возраженіе было бы справедливо, если бы каждый народ существовал только ради самого себя, но каждый народ существует в тоже самое время ради других, всѣ другіе народы земли имѣют право на соприкосновеніе с ним. Закон раздѣленія труда имѣет силу и для жизни народов. Не всякая почва приносит все, не всякій народ может все. Но это несовершенство единиц должно сравняться взаимною помощью и сообщеніем — совершенство проявляется только в цѣлом, в общности. Обмѣн матеріальных и духовных произведеній есть та форма, в которой исторія снова уничтожает неравенство географическаго, природнаго и душевнаго одаренія народов, в которой побѣждается ограниченность природы и осуществляется идея высшей справедливости во всемірной исторіи. Солнце Индіи сіяет не для одной Индіи; обитатель сѣверных стран имѣет право на обиліе, которое природа разсыпала там расточительной рукой.

Digitized by Google

Но и на оборот обитатель тропиков имѣет право на произведенія холоднаго пояса, на желѣзо, которое там добывается и обработывается, на произведенія промышленности, искусства, науки, на благодѣянія религіи и культуры. Пусть учит международное право, что каждый народ имѣет для одного себя то, чѣм он владѣет и что производит — это положеніе точно так же вѣрно и невѣрно, как если бы его высказали по отношенію к единичной личности; не существует собственности абсолютной, т. е. оторванной от отношенія к обществу, и исторія постаралась внушить эту истину народам. Когда какой нибудь народ высказывает себя неспособным воспользоваться землею, ввѣренною ему природой, то он должен уступить ее другому. Земля принадлежит рукѣ, умѣющей ее воздѣлывать — кажущаяся несправедливость, оказываемая англосаксонской націей в Америкѣ туземным индѣйцам, с точки зрѣнія всемірной исторіи, есть *право*. И не менѣе правы европейскіе народы, открывая силой рѣки и гавани Небесной Имперіи и Японіи и принуждая эти земли к торговлѣ. Торговля, или общее, обмѣн матеріальных и духовных богатств не есть только дѣло интереса и свободной воли народов, но есть право и обязанность; сопротивленіе исполненію этой обязанности есть возмущеніе против порядка природы, против заповѣди исторіи; и народ, который запирается от других, совершает не только грѣх против самого себя, лишая себя средства воспитанія, но в тоже время и несправедливость против других народов — одним словом, замкнутость есть смертный грѣх народов, ибо высшій закон исторіи есть общеніе. Народ, который должен отвращаться от него, потому что не выносит соприкосновенія с чуждой культурой, т. е. воспитанія путем исторіи, такой народ именно поэтому теряет свое право на дальнѣйшее существованіе, его погибель приносит пользу міру.

Вот образ жизни народов, вот назначеніе их. Преуспѣяніе народа, точно так же, как и преуспѣяніе единичной личности, есть непрерывное заимствованіе извнѣ. Его языкъ, его искусство, его нравы, вся его культура, одним словом, его индивидуальность или національность является, как и тѣлесный и душевный организм единичной личности, продуктом безчисленных вліяній и заимствованій из внѣшняго міра. Кто мог бы в этом величествен-

Digitized by Google

ном обмѣнѣ народов между собою подробнѣе указать балансъ их вывоза и ввоза, кто мог бы показать в частности тысячи различных возбужденій и вліяній, которыя при этом оказывает один народ на другой? Корабль, привозившій товары, вез назад новых богов, купец, увозившій золото, оставлял в своих издѣліях модель для подражанія и сѣмена промышленности. Язык, нравы, религія, слова, идеи, предразсудки, вѣрованія, суевѣрія, промышленность, искусство, наука — всѣ они подлежат закону международнаго сообщенія и вліянія. А право? Оно одно должно быть изъято из дѣйствія этого общаго закона культуры? Вотъ к чему приводит то ученіе, которое мы здѣсь оспариваем и которое должны оспаривать, чтобы выиграть мѣсто для римскаго права, то ученіе исторической школы, что право развивается чисто из «сущности національности». Мы не должны бы были вводить судов присяжных, потому что они произрасли не на нашей почвѣ, конституціонная форма правленія есть чужеземное произрастеніе и потому осуждена и т. д. Как будто мы сомнѣваемся, ввозить ли чужое вино, потому что не мы его выжимали из винограда, употреблять ли хинную кору, потому что она не у нас выросла. Кто хочет удержать нас от принятія чужих законов и учрежденій, пусть также запретит нам заимствовать что бы то ни было из чужой культуры, пусть прикажет, чтобы вліяніе, которое оказало изученіе древности на новую культуру, снова получило обратный ход. Вопрос об усвоеніи чужих учрежденій права не есть вопрос національности, но просто вопрос пользы, нужды. Никто не будет доставать издалека то, что у него дома так же хорошо или лучше, но только глупец отвергнет хинную кору на том основаніи, что она выросла не на его капустникѣ.

И в самомъ дѣлѣ достаточно только одного взгляда на исторію права, чтобы убѣдиться, что вышеупомянутый закон культуры получил полное приложеніе и в его области. Хотя древность и восток едва ли представят намъ для этого надлежащую точку опоры нѣкоторой важности, но, как в Греціи, так и в Римѣ существовала же вѣра в принятіе чужих учрежденій, частью теряющееся во мракѣ героическаго времени, частью дошедшее до историческаго времени (составленіе XII таблиц) и можно даже видѣть нѣкоторые слѣды чужих правовых учрежденій в позднѣйшем

Digitized by Google

римском правѣ (напр. Lex Rhodia) или, если впрочем иностранное имя допускает заключеніе, по крайней мѣрѣ можно их предполагать (напр. hypotheca, hyperocha, emphyteusis, antichresis). Однако настоящим мѣстом дѣйствія для развитія этого закона является только новый міръ. Здѣсь оно совершается в таких размѣрах, что все новѣйшее образованіе права становится вслѣдствіе этого в самую рѣзкую противоположность с античным и восточным. Двумя полюсами, между которыми колеблется эта противоположность, двумя идеями, разлагающими всеобщую исторію права на двѣ эпохи, являются идеи *національности* и *всеобщности*. На востокѣ, в древности, развитіе права и на самом дѣлѣ идет в самом существенном так, как учит Савиньи: извнутри, из нѣдр народной жизни и само «jus gentium» Римлян, которое уже возвышается до новѣйшей идеи всеобщности и старалось осуществить ее в области международных торговых сношеній, равным образом выросло на римской почвѣ и землѣ. Напрасно ищем мы и на востокѣ и в древности общности в движеніи прав различных народов, общаго средоточія в правѣ, общей науки; каждое из этих прав существует и развивается само по себѣ и для себя независимо отъ других. Там существует только исторія *прав*, но нѣт исторіи *права*. В новом мірѣ напротив того исторія права получает высшій полет, здѣсь возносится она по истинѣ до исторіи *права*. Нити отдѣльных прав не бѣгут болѣе рядом, не соприкасаясь друг с другом, но перекрещиваются, соединяются в одну ткань, для которой римское и каноническое право образуют первоначальное общее основаніе. Оба эти права выдаются над безчисленным множеством отдѣльных источников права, как два могущественные центральные пункта и соединяют практику и науку самыхъ различных народностей для общности дѣйствія. То, что думал юристъ в Испаніи, избавляло от труда ученаго в Германіи, голландец строил на основаніи, которое положил француз, практика итальянских судов оказывала опредѣляющее вліяніе па судоговореніе всѣх прочих земель. Что за возвышающее чувство эта общность, вообще как завидно тогдашнее положеніе юриспруденціи. Вполнѣ новая, юношеская наука со всею прелестью и со всей притягательной силой, которую заключает в себѣ разсвѣт свѣжаго научнаго утра, поднятая с самаго начала на высоту европейской всеобщности! Как жалки должны

Digitized by Google

были казаться с этой точки зрѣнія отдѣльныя земскія права, положительныя постановленія, печальныя попытки разрѣшить для округа одной земельки задачу, которую римское право разрѣшило уже для всего земнаго шара неподражаемым образом — эти заставы научной дѣятельности. В самомъ дѣлѣ понятно, что эта идея всеобщности, как она всплыла для тогдашняго міра прежде всего в образѣ римскаго права, заключала для юристов нѣчто опьяняющее, — что она порождала фанатиков; всѣ новыя великія идеи производят тоже дѣйствіе, это солнечные восходы в исторіи — не полуденное солнце вдохновляет, только утреннее.

Но римское и каноническое право отнюдь не указывают предѣлов этой общности. Рядом с ними и внѣ их выступает в перемежающемся порядкѣ цѣлое множество учрежденій, вопросов и задач, которые равным образом приводят народы к общему — мышленію и дѣлу: ленная система, вексельное, торговое и морское право; вопросы уголовнаго права: отмѣна пытки, смертной казни, суды присяжных; уничтоженіе крѣпостнаго права; вопросы соціальные, политическіе, вопросы церковнаго и международнаго права — кто мог бы всѣх их перечислить? Кто мог бы в виду всѣх этих фактов не воспринять убѣжденія, что исторія права проложила со времен средних вѣков совершенно новые пути и стремится к другим и болѣе высоким цѣлям, чѣм в древности. И как бы коротка ни показалась с точки зрѣнія тысячелѣтій та часть исторіи, которая развернулась с этой новой эпохи права до наших времен, развѣ не выступает уже со всею точностью, что идея *всеобщности* опредѣляет ея характер и служит лозунгом современнаго періода права? Под вѣрным впечатлѣніем этой черты и этого стремленія новѣйшаго правоваго развитія естественное право высказало свое ученіе о всеобщности права, возвышающейся над мѣстом и временем, и как бы низко я во всем остальномъ ни ставил научное достоинство работ, появившихся в этой области, тѣм не менѣе *направленіе*, по которому пошло естественное право, так же рѣшительно соотвѣтствовало своеобразному ходу новой исторіи, как направленіе исторической школы с ея односторонним превозношеніем принципа національности противорѣчило ему.

Естественное право не стояло внѣ времени и не игнорировало

Digitized by Google

данных обстоятельств, и было в дѣйствительности только идеализаціей существующаго порядка, попыткой научно передать и обосновать дѣйствительность всеобщности и всемірности новаго права. Если оно обращалось при этом спиной к исторіи вмѣсто того, чтобы привести ее в свою поддержку, как оно могло это сдѣлать, то и оппозиція, которую возбудило против этого историческое направленіе, была вполнѣ справедлива. Но тѣм, что послѣднее вполнѣ отождествило понятія историческаго и національнаго и возвело идею національности в единственный и исключительный принципъ образованія права, оно впало в заблужденіе, которое, как, я думаю, я доказал выше, опровергается самой исторіей, на которую оно ссылается. Пока наука не рѣшится поставить принцип всеобщности наравнѣ с принципом національности, до тѣх пор она не будет в состояніи ни понять того міра, в котором она сама живет, ни обосновать научным образом уже совершившееся усвоеніе римскаго права [2]).

Если мы теперь вернемся к послѣднему, то увидим в нем одно из тѣх культурноисторических заимствованій, которыя так часто повторяются в жизни народов и которыя вполнѣ соотвѣтствуют плану исторіи: взаимной помощи, споспѣшествованію и воспитанію народов. Необыкновенно здѣсь только количество чуждаго вещества, принятаго сразу, что имѣло слѣдствіем в нашем правовом организмѣ тот же застой, ту же остановку, то же стѣсненіе, какіе влечет за собой и в физическом организмѣ переполненіе пищей. Нѣт ничего удивительнаго, что это заимствованіе было сдѣлано у давноотжившаго народа, что в наслѣдство, которое он оставил міру, вступили нѣсколько столѣтій спустя. Также греческая культура оказала свое образующее вліяніе на новые народы только тогда, когда первоначальнаго носителя ея давно уже не существо-

---

[2]) Можно утверждать, что извѣстные начатки этой идеи высказываются там и сям даже у самих защитников національнаго принципа. Так напр. сам Савиньи дѣлает такую попытку (System des heutigen R. R. B. I. S. 80); но он должен был бы отказаться от всего своего основнаго взгляда, если бы захотѣл провести мысль послѣдовательно, и он удовлетворяется тѣм, что приписывает ослабленіе принципа національности в новой исторіи «общей христіанской вѣрѣ, которая соединила всѣ христіанскіе народы невидимой связью».

Digitized by Google

вало. Право наслѣдства имѣет силу, как между единичными личностями, так и между народами; даже hereditas jacens, промежуток, в который наслѣдник, которому наслѣдство было назначено, еще не вступил во владѣніе, повторяется и здѣсь. Выбрасываются только тѣ наслѣдства, которыя не имѣют никакой цѣны, остальныя находят своего господина. Точно так же и наслѣдства народов и спеціально то, которое оставил нам римскій народ в своем правѣ. Развѣ геній, духовная работа и сумма тысячелѣтняго опыта и наблюденія, которые заключались в нем, имѣли меньше права послужить впослѣдствіи на пользу человѣчеству, чѣм великія произведенія греческаго искусства и мысли Платона и Аристотеля? Развѣ затѣм соединила исторія в Римѣ всѣ условія для успѣха дѣла и произвела высшее, что только могла произвести, чтобы уничтожить это самоубійственной рукой. Ничто истинно великое в мірѣ не исчезает, а если по видимому и погибает, то, как умирающее растеніе, бросает в землю сѣмя, из котораго опять выходит помолодѣвшим в свое время, когда солнце весны будит зародыш. Во времена жизни римскаго народа грядущее племя народов не было еще настолько зрѣло, чтобы принять из его рук цѣнный подарок, ему предназначенный; требовалось еще много времени, чтобы они выросли до той высоты культуры и зрѣлости, когда появилась надобность в нем и пониманіе его. Римское право ждало.

Той формой, в которой народы им сперва завладѣли, было принятіе его как дѣйствующаго уложенія. Этот період внѣшняго значенія римскаго права был временем школьным, неудобным и нездоровым, но необходимым и полноправным, как переходная ступень. Но школьному времени настает и конец. Когда народы почувствовали, что они переросли школу, они стряхнули иго; новѣйшія уложенія заступили мѣсто Corpus Juris'a. Потеряло ли римское право вслѣдствіе этого свое значеніе для них? Не больше школы, когда ее покидают по достиженіи зрѣлости; что̀ в ней изучают, то берут с собой. Всѣ эти новыя законодательства основываются на римском правѣ, как матерьяльно, так и формально; римское право, так же, как и христіанство, и греческая и римская литература и искусство, сдѣлалось культурным элементом новаго міра, вліяніе котораго отнюдь не ограничивается тѣми учрежде-

Digitized by Google

ніями, которыя мы заимствовали из римскаго права. Наше юридическое мышленіе, наш метод, наша манера созерцанія, короче, все наше юридическое образованіе сдѣлалось римским, если только выраженіе «римское» может быть примѣнимо к чему либо всеобщеистинному, при чем Римляне имѣли лишь ту заслугу, что довели его развитіе до высшаго совершенства. Так ли мы увѣрены в этом владѣніи, что можем отказаться от дальнѣйшаго изученія римскаго права и предоставить его только ученым? Было время, что так думали, и в странах с новыми уложеніями разорвали научную связь с римским правом. Опыт доказал поспѣшность этого предположенія; пустота и сушь, которыя составляют отличительную черту первой литературной эпохи этих новых прав, уступили мѣсто свѣжей жизни только тогда, когда снова возобновили эту связь. Сомнѣваться в том, что наконец изученіе римскаго права сдѣлается лишним, может только тот, кто считает новые народы осужденными на вѣчное научное несовершеннолѣтіе в области права. *Путем римскаго права, но превзойдя его, вон от него* — вот девиз, в котором для меня заключается значеніе римскаго права для новаго міра.

Внѣшнее изгнаніе римскаго права из бо̀льшей части прежней области его примѣненія представляет, как для жизни, так и для науки рѣшительную поворотную точку, столь же важную, как прежде его внѣшнее введеніе. Формальное единство науки, к которому была приведена бо̀льшая часть Европы общностью одного и того же уложенія, общая работа юриспруденціи различных земель над одним и тѣм же дѣлом, над одной и той же задачей прошли навѣки с формальной общностью права; наука спустилась на степень правовѣдѣнія той или другой страны, научныя границы в юруспруденціи совпали с политическими. Униженное, недостойное науки положеніе! Но от нея самой зависит перейти эти границы и обезпечить за собою на всѣ послѣдующія времена в другой формѣ — в формѣ сравнительнаго правовѣдѣнія характер всемірности, который она так долго имѣла. Ея метод сдѣлается другим, ея взгляд сдѣлается шире, ея сужденіе зрѣлѣе, ея обработка матерьяла свободнѣе и таким образом мнимая потеря обратится в самом дѣлѣ к ея истинному благу, поднимет ее на высшую ступень научной дѣятельности. Что этот період науки начался уже в настоящее время, может убѣдить всякаго один взгляд на нашу

Digitized by Google

теперешнюю литературу государственнаго, уголовнаго, торговаго и вексельнаго права.

Вслѣдствіе изгнанія римскаго права из практики должен был наступить переворот и в его обработкѣ.

Между тѣм, как прежній вид ея в существенном опредѣлялся и мог опредѣляться точкою зрѣнія практическаго значенія этого права, этот род обработки дѣлается недостаточным для сохраненія и впредь римскому праву интереса юридическаго міра. Это же достигается только тѣм, что наука возвышается от простаго *представленія положительнаго* права до его *критики*.

Идти вперед по этому направленію есть цѣль и задача предстоящаго сочиненія. Оно намѣрено представить *критику римскаго права*, но не критику *теперешняго* римскаго права с точки зрѣнія законодательной политики, а историко-философскую критику, т. е. такую, которая будет сопутствовать римскому праву на всем его пути от начала до конца и не для того только, чтобы удовлетвориться внѣшним историческим фактом, какъ обыкновенно это дѣлает исторія римскаго права, а для того, чтобы изслѣдовать внутреннюю работу историческаго образованія, скрытыя пружины, конечныя причины, духовную связь общаго развитія права. Только этим путем возможно будет достигнуть настоящаго сужденія о римском правѣ, отличить в нем преходящее и чисто римское от вѣчнаго и всеобщаго, только этим путем наконец может быть удовлетворительно разрѣшен вопрос о достоинствѣ римскаго права, на котором окончательно основываются его усвоеніе и значеніе, которое оно получило для нас и которое будет имѣть и впредь.

Необходимость разрѣшенія задачи. — Наша теперешняя наука и ея научный аппарат.

II. Развѣ задача нуждается еще в разрѣшеніи? Развѣ не слѣдовало бы ожидать, что она уже давно разрѣшена при том изобиліи духовной силы, которым располагало римское право уже нѣсколько столѣтій? Во всѣ времена повторялись нападки на это право, во всѣ времена пытались отразить их ссылкою на его высокое достоинство;

Digitized by Google

в чем же состоит это достоинство? Какой болѣе благодарный матерьял могло найти почитаніе, оказываемое этому праву, как не выставить его свѣтлыя стороны и каким болѣе дѣйствительным способом можно было призвать к молчанію его противников? Но наша литература обманывает это ожиданіе, ибо вмѣсто обстоятельной критики римскаго права она представляет нам лишь случайныя общія выраженія о его превосходствѣ, о выдающемся остроуміи и практическом тактѣ римских юристов и т. д. Ѳиміаму было воскурено римскому праву не мало и вокруг него, можно сказать, сплотилась блестящая атмосфера, чрез которую должен пройти несвѣдущій прежде, чѣм приблизиться к нему; но как скоро он оставит ее позади себя, как скоро сам предмет представится ему в своей наготѣ, то наступает горькое разочарованіе и становится не понятно, в чем же должно состоять столь прославленное его величіе. При дальнѣйшем занятіи римским правом это величіе разумѣется открывается, но болѣе чувству, чѣм сознанію; с ним происходит тоже самое, что и с очарованіем, которое производят нѣкоторыя личности: его чувствуют, не зная, на чем собственно оно основывается. Так и римское право выказало на тысячах и тысячах своих учеников высшую степень притягательной силы; в них всѣх жило *чувство* его величія и выраждалось нерѣдко в фанатическое ослѣпленіе, но об научном *обоснованіи* этого чувства почти и не думали. Довольствовались тѣм, что самым заботливым образом изслѣдовали предмет и там, гдѣ требовалось высказать свое мнѣніе, давали ему в самых общих выраженіях блистательный аттестат. Но если таковой был нужен, если требовалось выставить в ярком свѣтѣ величіе римскаго права и для несвѣдущих и зажать рот сомнѣвающемуся, то надо было только дать слово фактам; сама исторія дала римскому праву лучшій аттестат; в роли, которую оно играло, выражено несомнѣнными чертами его величіе. Но если настаивать дальше, если спросить: на чем оно основывается, чѣм римское право так отличается в свою пользу от других прав, то даже самые великіе знатаки его дают нам лишь неудовлетворительный отвѣт. Хвалят остроуміе и послѣдовательность римских юристов, но этим еще мало выиграно. Тоже самое качество никак не в меньшей степени, даже может быть с большей строгостью проведенное, принадлежит

Digitized by Google

юриспруденціи талмуда [2a]) и юридической и нравственной казуистикѣ іезуитов [2b]) и всетаки как обѣ онѣ затемняются римским правом! Если перечислить еще столько же преимуществ римских юристов, то всѣ они приведут только к *одному* заключенію, что это были великіе мастера. Но если кто пожелает доказать по отношенію к тому или другому произведенію, что оно есть произведеніе мастерское и почему оно таковое, тот навѣрное не выберет пути, который бы показывал, что автор имѣл всѣ качества, необходимыя для созданія такого мастерскаго произведенія, но остановится на самом произведеніи и выставит в настоящем свѣтѣ всѣ его преимущества.

Насколько мнѣ извѣстно, только два лица сдѣлали попытку отвѣтить болѣе обстоятельно на вопрос о достоинствѣ римскаго права: *Савиньи и Шталь* [2c]). Но оба, по моему мнѣнію — односторонне и неудовлетворительно. Против ходячаго взгляда, искавшаго это достоинство в его *содержаніи*, рѣшительно возстал первый, исключительно поставляя его в его *формѣ*, в методѣ, принятом римскими юристами при обработкѣ матерьяла. Матерьяльно драгоцѣнное, полагает он, в римском правѣ «столь общей природы, что большей частью может быть найдено здравым смыслом без всякаго юридическаго образованія; для столь малой выгоды не стоило искать нам помощи законов и юристов за двѣ тысячи лѣт». Потом он пытается охарактеризовать метод римских юристов, сущность котораго он находит в той увѣренности, с которой послѣдніе овладѣли направляющими основаніями своей науки и примѣняют их к дѣлу, нѣкоторым образом «считают понятіями». Теорія и практика у них совсѣм не различались, их теорія была разработана до непосредственнаго примѣненія, а их практика всегда облагороживалась научной обработкой. О матерьяльном достоинствѣ римскаго права мнѣнія могут быть весьма различны, но всѣ, имѣвшіе в этом голос,

---

[2a]) Ср. напр. Schulchan Aruch (сокращенный перевод Гамбург. 1838).

[2b]) В особенности в ученіи о клятвѣ и о бракѣ.

[2c]) Первый в своем сочиненіи: «Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», Aufl. 3. S. 27 ff.; второй в его: «Philosophie des Rechts». 2 Aufl. Bd. 2. Abth. 1. Anhang.

Digitized by Google

без сомнѣнія согласны по отношенію к мастерству его юридическаго метода.

Вот сущность взгляда Савиньи. Пусть останется неразсмотрѣнным, дѣйствительно ли Савиньи подмѣтил особенности юридическаго метода, по моему нѣт, потому что все, что он говорит о немъ, относится и ко *всякой* практической наукѣ. И медик должен обладать таким же надежным знаніем руководящих начал своей науки, и у него теорія и практика должны быть едины в такой степени, чтобы он «мог с легкостью переходить от общаго к частному и от частнаго к общему». Но об этом здѣсь можно умолчать. Несравненно важнѣе другой пункт. По мнѣнію Савиньи достоинство римскаго права в существенном заключается для нас в том, что особенная форма, в которой компиляторы Юстиніана воспользовались для своей цѣли юридическою литературою, доставила нам возможность подсмотрѣть римских юристов в их дѣятельности, нѣкоторым образом взять у них практическій курс дѣлопроизводства. Отбросивши эту форму — положим слѣдовательно, что компиляторы привели бы матерьял в форму новаго уложенія — и римское право в глазах Савиньи потеряло бы для нас свое достоинство. Он не замѣчает при этом, что в самом этом матерьялѣ, в руководящих принципах, правилах, подраздѣленіях, правовых положеніях заключается осадок общей работы практики и теоріи цѣлаго тысячелѣтія, сокровище свѣденій и мыслей, которое не потому только имѣет значеніе, что случай дал нам возможность кинуть взгляд на способ и манеру, как пользовались им классическіе юристы. Как бы поучительно и образовательно не было для учеников видѣть мастера работающаго в его мастерской, мы всетаки не должны забывать, что и мастер и учитель заключаются в самом произведеніи. *Содержаніе* римскаго права, которое Савиньи считает за нѣчто совсѣм равнозначущее, есть ни что иное как осадок римской юриспруденціи с начала ея появленія до ея конца в соединеніи со всѣми другими дѣятелями, которые дали римскому праву его вид? В правилах, которые преподают римскіе юристы, в положительных правовых положеніях, сообщаемых ими, в подраздѣленіях, которыми они пользуются, в институтах, имѣющих силу еще теперь, во всѣх них скрыта та духовная сила, которая дала римскому праву его величіе. Отождествить ее вмѣстѣ с Савиньи с «юриди-

Digitized by Google

ческим методом», — как он его опредѣляет — простой виртуозностью в *примѣненіи* существующаго значило бы чрезвычайно унизить ее. Она выказывала себя в законодательствѣ не менѣе, чѣм в юриспруденціи, в собираніи и оцѣнкѣ практических свѣдѣній не менѣе, чѣм в теоретических формулированіях, в отыскиваніи и преобразованіи правовых положеній не менѣе, чѣм в их примѣненіи. Проницательный глаз для отысканія того, что необходимо было для жизни, искусная и опытная рука в выборѣ вѣрных средств, открытое ухо для требованій правосудія и справедливости, мужество не поддаваться на приманки послѣдовательности, гдѣ она становилась в противорѣчіе с реальными интересами — вот качества, имѣющія не менѣе вѣса, чѣм простой разлагающій разум юристов и, если можно так выразится, навык их руки в дѣйствованіи. Даже Савиньи не заставит нас повѣрить, что бы мы когда нибудь приняли римское право, если бы эти качества в связи с чисто формальным юридическим искусством не доставили бы ему такой степени матерьяльной приспособляемости, которая сдѣлала его годным для реальных потребностей и требованій новаго міра.

Высказывая мое мнѣніе о взглядѣ Савиньи в нѣсколькиx словах, я дѣлаю ему двойной упрек: во-первых тот, что он полагает достоинство римскаго права исключительно в чисто-формальном моментѣ — в технико-юридическом и совсѣм не замѣчает значенія других факторов, опредѣляющих достоинство права; и во-вторых тот, что и в этом одностороннем направленіи он впадает в новую односторонность, так как вмѣсто признанія этого момента запечатлѣнным и присущим общему аппарату римскаго права: его институтам, идеям, правовым положеніям, он видит его только в том случайном видѣ, в котором оно сохранилось до нашего времени, что Юстиніан велѣл сдѣлать *извлеченія* из римских юристов, а не переработать их. По мнѣнію Савиньи римское право и получило значеніе и потеряло бы его с пандектами Юстиніана; если бы было мыслимо, что всѣ их экземпляры сразу потеряются, то и римское право лишилось бы своего значенія для нас, между тѣм как по моему мнѣнію настоящее существо римскаго права, как оно перешло в наше новое законодательство и науку, потеряло бы от этого неособенно много.

Попытка опредѣлить достоинство римскаго права, сдѣланная *Шталем*, в сравненіи с Савиньи уже сдѣлала шаг вперед в том

Digitized by Google

отношеніи, что Шталь видит характеристичное римскаго права в образованіи его *институтов*, а не в технической виртуозности классических *юристов*. Как недостаточна однако односторонняя точка зрѣнія, которую прилагает Шталь, для пониманія сущности римскаго права и опредѣленія его достоинства, это, можно надѣяться, достаточно докажет предстоящее сочиненіе [2]d).

Таким образом и Савиньи и Шталь очень незначительно подвинули вперед вопрос о достоинствѣ римскаго права и задача, которую я выше (стр. 13) поставил предстоящему сочиненію — задача всюду проникающей матерьяльной критики римскаго права — ждет еще пока своего разрѣшенія. Нѣт ни попытки разбора римскаго права во всей его цѣлости и величіи, ни привички, за нѣсколькими славными исключеніями (особенно «Das Recht des Besitzes» *Брунса*), считать необходимым критическое отношеніе при разработкѣ отдѣльных ученій. Римское право понимают так, как будто бы оно не могло быть иным, как будто бы с возможно ясным представленіем его разрѣшена задача науки по отношенію к нему. Отличительной чертой всей нашей научной дѣятельности, направленной на римское право, уже много столѣтій является откровенный *позитивизм*, наш скептицизм касается только чисто-положительных вопросов, высказываться на которых он конечно не устанет, но из предѣлов которых он не выходит; мы довольствуемся *знаніем* фактов, *сужденіе* о них нас не безпокоит. Но развѣ послѣднее само собой разумѣется в такой степени, что наука не имѣет и нужды заботиться о нем? Большое заблужденіе было бы так думать, для этого надо было бы не имѣть ни малѣйшаго предчувствія о значеніи и обширности этой задачи. Или наша юриспруденція при своей практической тенденціи равнодушна ко всѣм вопросам, которые не относятся непосредственно к практической примѣняемости права? Что это не так, доказывает всего лучше усердная обработка исторіи римскаго права.

Не побоимся же высказать упрек: основаніе этого упущенія заключается не в том, чтобы не хотѣли этого, а в том, что не могут. Для истинной критики римскаго права, для изслѣдованія

---

[2]d) Об относительной вѣрности этой точки зрѣнія см. II §. 39, гдѣ будет в тоже время изложено заблужденіе, в которое впал относительно ея Шталь. (Примѣчаніе 422).

Digitized by Google

его внутренняго существа и основных начал нѣт у нашей юриспруденціи, занимающейся им, ни субъективной способности, ни объективнаго научнаго аппарата. Свойство матерьяла, которому посвящена вся ея дѣятельность, принуждает ее разсматривать его всегда в величайшей близости, можно сказать — с увеличительной лупой в рукѣ, и этот навык до того развился упражненіем, ея научный аппарат, ея лупы и микроскопы до того изощрились, что она в самом мелком и невидимом мѣстѣ пандектов или Гая нѣкоторым образом видит обращеніе крови. Но хотя с одной стороны глаз изощряется этим для таких микроскопических наблюденій, зато с другой теряется его дальнозоркость, и прямо на оборот рождается отвращеніе к принятію отдаленных точек зрѣнія. Развѣ не понятно, что тот, кто вблизи видит каждую песчинку, в болѣе общих взглядах не замѣчает ничего, кромѣ неопредѣленных очертаній, мыльных пузырей, которые могут нравиться только неосновательным натурам? Предстоящая же нам задача постоянно требует дѣйствованія всеобщими точками зрѣнія, наблюденія издалека. Чтобы обсудить римское право мы не можем держаться отдѣльных опредѣленій его, но должны понять его в принципѣ и потому принуждены постоянно отвлекать. Вмѣсто лупы, если можно так выразиться, мы нуждаемся в телескопѣ, вмѣсто критики, имѣющей предметом форму передачи *римскаго* права, рукописи, варьянты и т. д. — в критикѣ *права* вообще, в ученіи о его общей природѣ. Тому, кто хочет мѣрить, нужен масштаб, а масштаб для обсужденія отдѣльнаго права может нам дать только всеобщее ученіе о природѣ и о формѣ проявленія права вообще. Но как жалко обставлено это ученіе, как незначителен капитал идей, воззрѣній и точек зрѣнія, предлагаемый к нашим услугам для этой цѣли теперешней юриспруденціей. Мнѣ в моей работѣ этот недостаток был в высшей степени чувствителен. Мимо скольких явленій должен был я пройти мимо, не извлекши из них никакой пользы, между тѣм как я навѣрно знал, что они обладают духовным содержаніем, для отысканія котораго необходимо только расширеніе философско-правоваго пониманія. То, что ежедневно встрѣчается нам в жизни, тоже случается и в наукѣ; без мысли проходим мы мимо многих богатых содержаніем явленій и когда потом обращаем на них вниманіе, то наш прежній недосмотр кажется нам непонятным — а удивленіе, по Платону, есть начало философіи. Точно также

Digitized by Google

грядущее время будет находить необъяснимым, как это наша теперешняя юриспруденція, обладая столь высоким знаніем римскаго права, имѣла однако столь малый *дар наблюденія* для его характеристических качеств, что для нас оставалось скрытым то, что потом, когда найдена для него вѣрная точка зрѣнія, видно близорукому глазу. При моей задачѣ мною часто овладѣвало чувство, как будто я нахожусь перед звѣздным небом; результаты моего наблюденія укрѣпляют во мнѣ ежедневно убѣжденіе, что здѣсь открывается духу изслѣдованія нескончаемое поле открытій, но при каждом шагѣ, который я стремлюсь сдѣлать вперед, меня заставляет останавливаться жалкій аппарат обсерваторіи, и навязывается убѣжденіе, что он сам должен быть сперва умножен и улучшен, чтобы труд вознаградился бо̀льшей добычей. *В той же мѣрѣ, в какой всеобщее ученіе о природѣ права подвинется вперед путем философіи права и опытнаго сравненія и обогатится новыми идеями и точками зрѣнія, в той же мѣрѣ расширится и знаніе истиннаго существа римскаго права.* Само ученіе о природѣ его находится теперь еще в младенческом состояніи и предстоящее сочиненіе рядом с своей главной задачей имѣет в тоже время назначеніе обогатить это ученіе нѣсколькими вкладами, по поводу обсужденія отдѣльнаго права представить точки зрѣнія, которыя взяты вообще от существа права, вывести болѣе общія истины. Их употребленіе для нашей спеціальной цѣли сдѣлает неизбѣжным их ближайшее обоснованіе, но мы позволим себѣ выводить их лишь настолько, на сколько потребует этого наша цѣль.

Может показаться, что уже ближайшіе параграфы противорѣчат этому увѣренію. Они должны именно опредѣлить вѣрный метод изложенія исторіи права, а что наша задача принадлежит к исторіи права, ясно потому, что невозможно обсуждать римское право, не приводя его исторіи. На сколько отличается наша задача от исторіи римскаго права всего лучше видно будет при обоснованіи метода. Я выхожу при этом обоснованіи из той идеи, что каждое изложеніе исторіи права должно удовлетворять обоим понятіям — и права и исторіи — конечно в высшей степени элементарное положеніе, которое, скажут, никогда не упускал из глаз ни один историк права. Но в скольких изложеніях исторіи римскаго права оказывается прямо противоположное, сколько

Digitized by Google

из них не содержат в дѣйствительности ни *исторіи*, ни исторіи *права*, а только соединеніе матерьяла по исторіи права, распредѣленнаго по времени и по содержанію, инвентарій исторіи римскаго права. Послѣдующее изложеніе укажет основные недостатки господствующаго метода, которые так глубоко вкоренились, что недостаточно опровергнуть их фактами, но необходимо предпослать попыткѣ такого фактическаго опроверженія обоснованіе вѣрнаго по моему мнѣнію метода. Самое послѣднее было возможно только при совмѣстном развитіи послѣдовательностей, вытекающих для историков права из обоих понятій — права и исторіи. Не пропущен при этом и философскій анализ обоих понятій, но наша цѣль позволяет нам исходить из простых, неоспоримых истин и удовольствоваться простыми результатами. Но самыя простыя истины, как извѣстно, не рѣдко забываются или не примѣняются; и эта старая истина оказывается вѣрной и здѣсь.

МЕТОД ИЗЛОЖЕНІЯ ИСТОРІИ ПРАВА.

I. Требованія, заключающіяся в природѣ права.

1. АНАТОМИЧЕСКОЕ ИЗСЛѢДОВАНІЕ правоваго организма. — Его составныя части: правовыя положенія, правовыя понятія, правовые институты — психическая организація права. — Различіе между объективным правом и субъективным его познаваніем — (скрытыя составныя части права). — Задача науки.

III. Мы берем за точку исхода господствующее теперь пониманіе права, как объективнаго организма человѣческой свободы. Теперь уже признают безспорным, что право есть не внѣшнее собраніе произвольных опредѣленій, которое обязано своим происхожденіем размышленію законодателя, но также как и язык народа, есть внутри образовавшійся и законченный продукт исторіи. Человѣческое намѣреніе и разсчет имѣют конечно свою долю в его образованіи, но они больше *находят*, чѣм *творят*, ибо отношенія, в которых вращается жизнь человѣчества, не дожидаются их по-

Digitized by Google

ощренія и направленія. Потребность жизни вызвала право с его учрежденіями и поддерживает его в непрерывной внѣшней дѣйствительности. Всякое законодательное размышленіе и произвол дают праву тот вид, который предназначен ему образом мысли и всей жизни народа и не могут отступить от него, не осрамивши самих себя. Исторія образованія права протекает в постоянной зависимости от характера, степени развитія, матерьяльных отношеній, судеб народа и рядом с тѣми могущественными историческими силами, которыми направляется исторія права, содѣйствіе человѣческаго ума превращается в ничто, если он вмѣсто орудія хочет быть творцом.

Реальное, объективное создаваніе права, как оно осуществляется в образѣ и движеніи жизни и сношеній, может быть названо организмом и это-то представленіе права, как организма, и положим мы в основаніе всего нашего изслѣдованія. Употребляя этот образ, мы придаем праву всѣ качества продукта природы: единство во множествѣ, индивидуальность, рост из себя и т. д. Это сравненіе, эти названія: органическій, естественноразвивающійся и т. п. сдѣлались теперь весьма популярными, но часто они служат блестящей вывѣской, под которой скрывается совершенно механическій образ обхожденія с дѣлом, символом вѣры на словах, который излагают в первых параграфах, чтобы имѣть право впослѣдствіи отречься от него на дѣлѣ.

Каждый организм может подвергнуться двойному изслѣдованію, *анатомическому* и *физіологическому*; первое имѣет своим предметом его составныя части и их отношенія друг к другу, т. е. его структуру, второе его функціи. Мы намѣрены подвергнуть [2e]) право

[2e]) Уже послѣ появленія перваго изданія, замѣтил я у Бентама одно мѣсто, в котором он выставляет по отношенію к праву подобный же род изслѣдованія. Оно находится у *Etienne Dumont* «Jeremias Benthams Principien der Gesetzgebung». Cöln. 1833. S. XXIII. «Не в книгах, посвященных праву, говорит он, нашелъ я средство отыскать метод и образцы его, а скорѣе в сочиненіях по метафизикѣ, физикѣ, естественной исторіи, медицинѣ. При чтеніи нѣкоторых новых сочиненій по послѣдней наукѣ, мое особенное вниманіе возбудила классификація болѣзней и цѣлебных средств. Развѣ нельзя было бы перенести ту же систему и на законодательство. Развѣ политическое тѣло не могло бы имѣть

Digitized by Google

обоим этим изслѣдованіям, а именно в этом параграфѣ обращаемся сначала к его структурѣ. Как и всякій организм, организм права состоит из различных частей. Но чѣм благороднѣе и нѣжнѣе организованы эти части, чѣм далѣе слѣдовательно лежат онѣ от поверхности, тѣм позднѣе являются онѣ в сознаніи человѣка; этот закон примѣняется и к праву. У каждаго народа познаніе организаціи права, восходя от внѣшняго к внутреннему, должно было пройти длинную лѣстницу постепенностей. Плодом этой дѣятельности, направленной на распознаніе права, является высказываніе познаваемаго, как я называю, — *формулированіе* права. Оно производится частью народом, причем подмѣченныя на дѣлѣ нормы выражаются в правовых пословицах, частью законодателем, высказывающим и признающим право, уже существующее в формѣ нравственнаго или обычнаго права, частью наконец наукою и практикой, которыя распознают дѣйствующія правовыя положенія или выводы из них. Все это суть попытки сознать право и для всѣх этих попыток имѣет силу тот закон, что знаніе, начиная с внѣшняго только постепенно достигает внутренняго. Мы намѣреваемся развить это положеніе в послѣдующем и слѣдя за человѣческим духом в этой работѣ намѣрены изучить постепенность в самой организаціи права.

Прежде всего замѣчает он внѣшнія, практическія вершины права, *тѣ* части, дѣятельность которых должна ему тотчас бросаться в глаза: *правовыя положенія*. Он видит, что нѣчто совершается и повторяется постоянно, он чувствует, что это *должно* совершаться и выражает эту необходимость в словѣ. Таким образом возникают правовыя положенія. Но как далеко отстоят эти отвлеченія от дѣйствительности, из которой они взяты; какой грубый и неполный ея образ они нам предлагают! Они похожи на первые опыты ваянія народа. Как из послѣдних еще не слѣдует, чтобы люди и звѣри имѣли в тѣ времена такой вид, в каком они представлены в этих несовершенных изображеніях, так нельзя до-

своей *анатоміи*, своей *физіологіи*, своей науки о болѣзнях, своих materia medica. Я очень мало нашел для себя полезнаго у Трибоніана, Кокцеи, Блакстона, Баттеля. Потье, Домата; гораздо больше у Юма, Гальвеція, Линнея, Бергманна, Куллена».

Digitized by Google

пустить и *того* предположенія, чтобы в совокупности правовых положеній, сохранившихся от періода младенчества народа, мы имѣли вѣрный образ его права. Они являются ничѣм иным, как грубыми очерками, разсчитанными на дополненіе и довершеніе живым воззрѣніем на жизнь; между ними и правом, как оно фактически примѣняется, господствует громаднѣйшее различіе как в количественном, так и в качественном отношеніях.

Не слишком ли смѣло это утвержденіе? Почему же мы знаем, что объем и содержаніе права были не такими, как показывают нам сохранившіяся правовыя положенія? Дѣло очень просто. Чтобы вѣрно изобразить предмет, потребна двойная способность — вѣрно воспринять его и вѣрно воспроизвести его, — т. е. дар *наблюдательности* и талант *воспроизведенія*. Слѣдовательно в примѣненіи к праву от опредѣляющаго его требуется во I-ых подмѣтить под пестрой оболочкой конкретных жизненных отношеній, из которых он хочет вывести правило, их юридическую суть и во II-ых умѣнье соотвѣтственно его формулировать. Но точно также, как мы ежедневно пропускаем без вниманія в окружающей нас внѣшней природѣ много явленій, полных значенія, и часто только случай дѣлает наблюдателя внимательным и приводит его к важнѣйшим открытіям, такъ точно происходитъ это и в нравственном мірѣ, но только еще в бóльшей степени, так как его можно наблюдать только духовным оком. Мы застаем опредѣленную организацію этого міра и так привыкли к ея равномѣрному продолженію, что и не задаем себѣ вопроса, на сколько этот порядок представляется просто фактическим, случайным, и на сколько он законен, необходим. Случай нарушенія кѣм нибудь этого порядка обращает на него наше вниманіе; мы предлагаем вопрос, а с вопросом является и отвѣт и знаніе. Т. о. может быть случаю обязана и наука о нравственном мірѣ своими открытіями, имѣвшими столь важныя послѣдствія. При многих открытіях отвѣтить на вопрос было легче, чѣм предложить его и часто наукѣ, в виду множества отвѣтов не приходившей к вопросам, должен был приходить на помощь случай и указывать на настоящіе вопросы.

Медленно и с трудом прокрадывается сознаніе в область права и даже при высокой зрѣлости науки многое скрывается от его взора. Как ни велико было совершенство классических римских юристов,

Digitized by Google

но всетаки и в их время были правовыя положенія, которыя существовали, но ими не были сознаны и которыя были раскрыты только усиліями нынѣшней юриспруденціи; я называю их *скрытыми* (latent) правовыми положеніями. Если нас спросят, как это было возможно; вѣдь для того, чтобы примѣнять их, их должно было сознавать, то вмѣсто всякаго отвѣта мы укажем на законы языка. Они ежедневно *примѣняются* тысячами людей, никогда ничего об них не слыхавших, и даже человѣк образованный не всегда сознает их вполнѣ; гдѣ недостает сознанія, там замѣняет его чувство, грамматическій инстинкт [3]).

Итак открытіе существующих правовых правил обусловлено даром наблюдательности. Что эта послѣдняя подвергается большим измѣненіям по различію времен и особей — это также ясно, как и то, что размѣры ея опредѣляются вообще духовным развитіем наблюдающаго. Мы не сдѣлаем слѣдовательно несправедливости, воззвав к необразованным, грубым народам: Вы поняли самую ничтожную часть из того міра права, который вас окружает, бо̀льшая часть

---

[3]) Я не могу не сообщить здѣсь замѣтки одного лингвиста, результатами трудов котораго я еще часто буду пользоваться в продолженіи моего труда, а именно Pott «Etymologische Forschungen auf dem Gebiete der Indo-Germanischen Sprachen u. s. w. Bd. 1. 1833. S. 146»: «Та обратная близорукость, при которой отлично видны отдаленные пункты, а совсѣм близкіе наоборот не замѣтны, обнаруживается в духовной дѣятельности человѣка преимущественно по отношенію к знанію роднаго языка. Этот язык представляет *чужому* на первый взгляд множество поражающих и выдающихся мѣст, которых тот, кто говорит на этом языкѣ с дѣтскаго возраста, именно по *причинѣ привычки* или совсѣм не замѣчает или замѣчает с большим трудом; тот принуждается уже внѣшним образом обратить на них свое вниманіе, между тѣм как этот должен сначала силою воли возбудить свое вниманіе. Отсюда же то извѣстное явленіе, что правила роднаго языка можно вполнѣ сознательно знать только при изученіи чуждых языков и что понять *грамматику роднаго языка почти что труднѣе, чѣмъ грамматику чужаго.* Далѣе величайшій виртуоз в языкѣ может быть самым плохим грамматиком и наоборот. Но к чему же все это? чтобы опровергнуть заблужденіе тѣх, которые во всем и всегда считают непогрѣшимыми авторитет *національнаго грамматика.* Но вѣдь есть же такіе Беотійцы (глупцы) и они возвращаются назад, как бы часто их не выгоняли вилами.» Вмѣсто языка и національнаго грамматика поставьте право и національнаго юриста и: nomine mutato narratur fabula de te.

Digitized by Google

его не попадается вам на глаза и живет только в вашем чувствѣ; вы состоите в правовых отношеніях, их не зная, вы дѣйствуете по нормам, которых ни один из вас не высказал; правовыя положенія, о которых вы имѣете понятіе, представляют только отдѣльные проблески свѣта, которые бросает в ваше сознаніе мір фактическаго права.

Вторым качеством, дѣйствующим при составленіи правовых положеній, назвали мы *способность формулировать*, т. е. способность давать приличное выраженіе найденным правовым положеніям. Она предполагает вѣрное пониманіе, но еще не дается вмѣстѣ с ним; сколько воззрѣній, ясно и опредѣленно стоящих пред нашей душой, мы только в высшей степени несовершенно можем выразить в словѣ. Каждое, даже относительно самое совершенное право представляет нам примѣры неудавшихся формулированій, т. е. ошибок не в самих опредѣленіях, а в их выраженіи, и доказывает тѣм высокую трудность разсматриваемой нами операціи [4]). Если послѣдняя не всегда удается даже во времена высшей духовной зрѣлости, то какже несовершенна она должна быть у народа, мало привыкшаго к умственной работѣ, *как же велико слѣдовательно должно быть здѣсь различіе между фактическим и формулированным правом.* Формулированіе будет то слишком узко, то слишком широко. То умалчивается о существенных предположеніях правил, может быть потому, что об них совсѣм не думали, может быть и потому, что их считали само собой разумѣющимися, то правило звучит слишком всеобще, не упоминая о необходимых видоизмѣненіях; то является оно прикрѣпленным к особенно выдающемуся виду, между тѣм как по своему практическому дѣйствію оно касалось до цѣлаго рода и т. д.

Это различіе между формулированным и фактическим правом столь же количественно, как и качественно, столь же внѣшне, как и внутренне; другими словами, рядом с выраженными правовыми положеніями существуют еще *скрытыя*, да и сами выраженныя не всегда содержат полное формулированіе, так что те-

---

[4]) Весьма часто признанную самими римскими юристами, напр. I. 11. 202 de R. J. (50. 17). I. 32 pr. de usur. (22. 1). I. 1. pr. de reg. Cat. (34. 7).

Digitized by Google

орія имѣет возможность из существующаго на лице права, как умножить число правовых положеній, так и улучшить их самих. Смотря по различію времен и народов измѣняется и это различіе; его опредѣляет не одна степень культуры, но и различіе природных дарованій, врожденнаго таланта. У инаго народа меньше потребности сознать свое право и опредѣлить его внѣшним образом, другой с самаго начала одушевлен этим стремленіем и имѣет потребное для этого природное дарованіе. Послѣднее выказывается не столько количественно — в богатствѣ правовых положеній, сколько качественно — в их свойствѣ; даже наоборот количественная производительность может быть признаком слабости [5]).

Как бы ни уменьшалось это различіе на различных ступенях культуры, совершенно уничтожиться оно не может. По крайней мѣрѣ до сих пор опыт доказывает, что право есть неизсякаемый источник, из котораго практика и теорія черпают ежедневно субъективно новыя, т. е. до тѣх пор еще не сознанныя правовыя положенія и что до сих пор формулированія всѣх времен показали себя способными к развитію и совершенствованію. Что чисто научныя формулированія находятся постоянно в текучем состояніи, принимают ежедневно новыя формы, об этом не стоит и упоминать. Для невѣжд однако необходимо замѣчаніе, что тоже повторяется и относительно выраженных в *законах* правовых положеній и не только тѣм способом, который сам собою разумѣется, что законодатель сам поправляет свои ошибки, но и без его помощи — чисто путем научной дѣятельности. Это совершается частью интерпретаціей, причем настоящій смысл закона противополагается слишком узкому или слишком широкому выраженію его в словѣ, частью распространеніем по аналогіи, которое заключает в себѣ дальнѣйшее образованіе самаго права, показывая, что опредѣленіе закона ложно связано с несущественным признаком, с отдѣльным видом вмѣсто рода и что слѣдовательно узкія границы, в которых оно само себя заключило, должны быть расширены [6]).

[5]) Это положеніе может быть удобнѣе развито при случаѣ нижеслѣдующаго изслѣдованія систематической стороны права.

[6]) Распространеніе по аналогіи происходит всего чаще в том случаѣ, когда во время обнародованія закона были извѣстны только опредѣленные отдѣльные

Digitized by Google

Пришедши таким образом к результату, что между объективным правом, как оно фактически господствует и примѣняется, и его выраженіем в формѣ правовых положеній, его *догмой*, никогда не существует полнаго равенства, отвѣтим теперь на вопрос, который вѣроятно навертывался многим читателям. А именно можно было бы думать, что эти недостаточныя формулированія должны оказывать вредное воздѣйствіе на самое право. Как же устраняется это вредное вліяніе? Здѣсь надо допустить важное различіе. Как раз в то время, когда они всего несовершеннѣе, потому что способность формулированія стоит на самой низшей ступени, опасность угрожает всего меньше. Гдѣ примѣненіе привело бы к противорѣчію с правом, живущим объективно в дѣйствительности и субъективно в чувствѣ и воззрѣніи, там именно выступает послѣднее исправляющим средством [7]). Между правовыми положеніями и дѣйствительным правом существует здѣсь отношеніе, которое один римскій юрист [8]) выразил для regulae juris в слѣдующем: regula est, quae rem, quae est, *breviter* enarrat; *non ut ex regula jus sumatur*, sed ex jure, *quod est*, regula fiat. При этом должно также замѣтить, что частью сами отношенія были в тѣ времена не так сложны, частью правовыя положенія являлись современникам, имѣвшим ежедневно пред глазами конкретныя правовыя отношенія, в совершенно другом видѣ, чѣм позднѣйшему наблюдателю; тѣм довольно несовершеннаго абриса, он воспроизводит в их представленіи полный образ, между тѣм как этот ничего в нем и не видит, кромѣ

виды рода и только впослѣдствіи стали входить в употребленіе другіе, так напр. закон стараго времени о фальшивых деньгах говорит только про чеканенную монету, позднѣе же появляются бумажныя деньги. Распространяя закон и на послѣднія, теорія руководится слѣдующей мыслью: закон был опредѣлен для родоваго понятія денег (открыто признаннаго средства обмѣна), а кажется прикрѣпленным к одному виду (металлическим деньгам), ибо во время его составленія род совпадал еще с этим одним видом; сущность закона заключается однако не в том, что обозначает вид (метал), а в том, что обще всему роду (деньги). Дальнѣйшее в §. 39.

[7]) И здѣсь я снова ссылаюсь на аналогію языка. Невѣрныя грамматическія правила вредят разговорному языку в жизни всего меньше в *тѣ* времена когда навык к грамматическим отвлеченіям наименѣе выработан.

[8]) Павел в I. 1 de R. J. (50. 17).

Digitized by Google

грубых очертаній. Их можно назвать также замѣтками, которыя народ дѣлает о расширеніи своего правоваго сознанія. Как ни скудны, как ни непонятны они для лица посторонняго, неприносящаго с собой сознанія, предполагаемаго для их пониманія, тѣм не менѣе они совершенно достаточны для того, кто может пополнять их из живаго созерцанія жизни и из общаго для всѣх чувства права.

Но чѣм болѣе ослабѣвает с теченіем времени живость и свѣжесть непосредственнаго созерцанія права, тѣм болѣе усиливается (как и по отношенію к языку) вліяніе теоріи на примѣненіе права, а также и возможность практическаго вреда, какъ послѣдствія ошибок, сдѣланных теоріей при формулированіи своих правовых положеній. Но в той же мѣрѣ, в какой потребность вѣрнаго теоретическаго пониманія права дѣлается чувствительнѣе и настоятельнѣе, возрастает и возможность ея удовлетворенія — формулированіе права все болѣе и болѣе приближается къ самому праву, из жалкаго абриса стремится сдѣлаться его дѣйствительным «зеркалом».

Какую же пользу можем мы извлечь для нашей цѣли из предшествующих разсужденій, какіе выводы могут быть из них сдѣланы относительно метода изложенія права? Они заключаются в двух положеніях, или вѣрнѣе в *одной* мысли, которая будет нам полезна с двух сторон. А именно в той основной мысли, которую мы развивали до сих пор, что правовыя положенія суть только самыя внѣшнія, практическія верхушки права, не исчерпывающія ни количественно (экстензивно), ни качественно (интензивно) его дѣйствительнаго содержанія; эта основная мысль даетъ нам с одной стороны предостереженіе, с другой выставляет требованіе. Предостереженіе — не отождествлять права какого либо времени съ его правовыми положеніями. Чѣм ниже образованіе времени, чѣм слабѣе его способность отвлекать и формулировать, тѣм менѣе имѣем мы права думать, что в его первых жалких грамматиках мы обладаем вѣрным изображеніем его языка, в его правовых положеніях, хотя бы они всѣ сохранились до нас — истинным образом его права. В них мы имѣем не само право, а *сознаніе* данным временем своего права. К этому предостереженію необходимо примыкает требованіе, во-I-ых вѣрнѣе формулировать само *право*, или, так как мы пока имѣем дѣло с его частью, с правовыми положеніями, то вѣрнѣе

Digitized by Google

формулировать их, и во-II-ых выводить на свѣт Божій скрытыя правовыя положенія. Конечно весьма смѣлым покажется замысел историка, живущаго, быть может, нѣсколько тысячелѣтій спустя, дать впервые настоящій вид правовым положеніям старины; парадоксом покажется, что правовое положеніе, лишь много времени спустя по прекращеніи его существованія должно впервые быть открыто. Но развѣ в самом дѣлѣ это так смѣло? Сколько исторических явленій понято только тогда, когда они давно прошли, сколько личностей оцѣнено по достоинству впервые, когда могила закрылась над ними. Каждое время есть загадка, разрѣшаемая не им самим, но только будущим. Если бы взгляд потомства не проникал глубже взгляда современников, то исторія была бы мертвой, к вѣчной неподвижности осужденной наукой, она могла бы ограничиться напечатаніем для каждаго періода современных ему описаній. Такого же права, каким пользуется историк, подвергая критикѣ свои источники, и на основаніи ея создавая самобытный образ прошедшаго, такого же права требую я и для историка права. Дошедшее до нас формулированное право прошедшаго времени есть *путеводитель*, но не *межевой столб* его изслѣдованія.

Мы дѣлаем теперь еще шаг вперед в изслѣдованіи строенія правоваго организма. Правовыя положенія, которыя мы разсматривали до сих пор, извлечены из созерцанія жизненных отношеній, назначены выразить присущую им природу и обезпечить ее за ними. Но часто для образованія правовой формы одного жизненнаго отношенія должны совокупно дѣйствовать различныя отдѣльныя правовыя положенія; они находят слѣдовательно в этой, всѣм общей цѣли свою соединительную точку и располагаются около нея, как мускулы около кости. Выраженное таким образом в правовой формѣ жизненное отношеніе может в свою очередь находиться в зависимом отношеніи к другому, относится к нему напр. как его переходный момент, (как напр. пріобрѣтеніе или потеря права к самому праву); или как слѣдствіе, (как напр. принятіе на себя наслѣдником долгов наслѣдодателя к вступленію в наслѣдство); или как вид к роду (как напр. договор купли-продажи к договорам вообще, а эти к обязательствам). Таким образом отдѣльныя правовыя отношенія, могущія быть предметом отдѣльнаго правоваго обсужденія, сростаются в еще бо́льшія систематическія единицы — в

Digitized by Google

правовые институты, представляющіе нам, говоря образно, крѣпкій скелет права, к которому примыкает в правовых положеніях все его существо.

Задача науки — изслѣдовать это сочлененіе права, найти настоящее мѣсто как для самаго мелкаго, так и для самаго крупнаго. Эта систематическая сторона юриспруденціи имѣет для познанія права несравненно больше значенія, чѣм это кажется на первый взгляд, и потому мы подвергнем ее болѣе подробному разсмотрѣнію.

Это значеніе состоит не в том, что право без своей систематической связи не может быть понято, ибо тѣм же обусловлено пониманіе каждаго другаго предмета. Точно также в настоящее время уже не надо болѣе говорить, что система, как в правѣ, так и в каждом другом предметѣ, не должна вносится въ него *извнѣ*, но должна браться *из* самаго предмета. В первом случаѣ она является чуждой самому предмету логикой образца, в который его насильно втискивают, *сѣтью*, в которую точно также могли бы втиснуть и каждое другое право; элементом, болѣе затрудняющим, чѣм облегчающим пониманіе строенія индивидуальнаго предмета. Система однозначуща с внутренним устройством предмета и потому всегда вполнѣ индивидуальна; одному праву свойственна одна система, другому другая. Отличительная особенность систематической дѣятельности в правѣ заключается в том, что она не только, как во всякой другой наукѣ, размѣщает отдѣльныя части по их мѣстам, но что этот *формальный* процесс оказывает *вещественное* воздѣйствіе на самый матерьял, и что этой процедурой производится внутреннее преобразованіе правовых положеній. *Правовыя положенія вступают нѣкоторым образом в высшее состояніе соединенія*, отбрасывают свою форму повелѣній и запрещеній и превращаются в элементы и качества правовых институтов. Так выработываются из них напр. понятія институтов, сущность правовых дѣйствій, свойства лиц, вещей, прав, подраздѣленій всякаго рода и т. д. Невѣжа, привыкшій представлять себѣ правовое положеніе непремѣнно в повелительной формѣ, вряд ли повѣрит, что столь значительная часть системы права может совершенно избавиться от этой формы, и что правовым понятіям, подраздѣленіям и т. д. короче — всей догматической логикѣ может быть присуще несравненно сильнѣйшее практическое значеніе, чѣм правовым положе-

Digitized by Google

ніям. Эта логика права есть нѣкоторым образом цвѣт правовых положеній, экстракт из них; в одном вѣрно схваченном *понятіи* заключается, быть может, практическое содержаніе десяти прежних правовых положеній. Мы приведем нѣсколько примѣров, а именно возьмем нѣкоторыя свойства вещей, относительно которых всего менѣе можно предполагать, что они произошли из правовых положеній и что они могут быть снова в них преобразованы. В раздѣленіи на res in commercio и extra commercium можно увидать это с перваго взгляда; правовое положеніе, скрывающееся в нем, гласит: извѣстныя вещи должны быть вполнѣ изъяты из частнаго владѣнія. Труднѣе увидать это в раздѣленіи вещей на сложныя и простыя, дѣлимыя и недѣлимыя, потому что оно касается не только юридических, но и чисто естественных их свойств. Но всетаки и оно имѣет практическую силу, в нем заключается напр. слѣдующее правовое положеніе: Если какая либо вещь приводится в соединеніе с другой, а именно в соединеніе такого-то и такого-то свойства, то уничтожаются всѣ правовыя отношенія, существовавшія дотолѣ относительно присоединяемой вещи; если оно такого-то и такого-то свойства, то прекращается только право владѣнія, право же собственности и другія права остаются; пока сохраняется соединеніе, владѣлец составной вещи стоит в таких-то и таких правовых отношеніях к отдѣльным частям; если же оно уничтожится, то касательно владѣнія и usucapio имѣет силу то-то, касательно reivindicatio и собственности и т. д. то-то. Короче, есть много практических вопросов, возникающих при разложеніи вещи на нѣсколько вещей и при сложеніи нѣскольких в одну, разрѣшить которые можно посредственно чрез развитіе качеств вещей, о которых здѣсь идет рѣчь. Для другаго примѣра возьмем понятіе какого нибудь права, напр. залоговаго. Его опредѣленіе гласит: Залоговое право есть право на чужую вещь, в силу котораго можно ее продать и выручку обратить на удовлетвореніе требованія. Здѣсь заключаются слѣдующія положенія: 1) Правом дозволен уговор о продажѣ заимодавцем чужой вещи для удовлетворенія своего требованія; 2) если вещь затеряется, то он имѣет право иска против третьяго владѣльца о ея выдачѣ (in rem actio); 3) Заложенная вещь должна быть чужой; на собственную не может существовать залоговаго

Digitized by Google

права, потому оно уничтожается, когда заимодавец пріобрѣтает право собственности на заложенную вещь. 4) Существованіе требованія предполагается при залоговом правѣ, посему послѣднее уничтожается, когда прекращается требованіе и возникает только в то мгновеніе, когда возникает требованіе и т. д.

Эта перегонка нравовых положеній въ правовыя понятія отличает научное пониманіе и обработку права от его изложенія в кодексѣ. Законодатель может ограничиться выраженіем своих требованій в их первоначальной, непосредственно практической формѣ, наука же имѣет задачей не только привести в порядок и объяснить их, но и распредѣлить их по логическим моментам системы. Законодатель дает нам, так сказать, составныя тѣла, которыя его интересуют только со стороны их непосредственной годности в употребленіи, наука же на оборот предпринимает их анализ и разлагает их на простыя тѣла. При этом оказывается, что многія, видимо различныя правовыя положенія составлены из одних и тѣх же элементов, слѣдовательно могут быть сглажены, сравнены; что одно отличается от другаго одним только моментом, так что совершенно достаточно указанія этого одного момента, что нѣкоторыя правовыя положенія состоят из совершенно различных, простых идейных элементов и слѣдовательно наоборот могут получиться из сложенія их. Таким образом только анализ приводит к сознанію истинной природы права и его результатом является то, что наука получает вмѣсто безконечнаго множества разнообразных правовых положеній обозрѣваемое количество простых тѣл, из которых она по востребованію может возсоздать вновь отдѣльныя правовыя положенія [13]). Но польза не ограничивается только этим *упрощеніем*, выработанныя понятія являются не простыми разложеніями данных правовых положеній, из которых послѣднія всегда могут быть возстановлены, еще бо̀льшая выгода заключается в предоставленной этим возможности *приращенія* права из самого себя, роста его изнутри. Чрез комбинацію различных элементов наука может образовать *новыя* понятія и *новыя* правовыя

[13]) Конечно могут встрѣчаться вполнѣ неразложимыя опредѣленія, чисто положительныя предписанія, которыя смѣются над всѣми усиліями науки и которыя именно только как правовыя положенія могут быть помѣщены в соотвѣтствующем мѣстѣ системы.

Digitized by Google

положенія; понятія производительны, онѣ совокупляются и производят новыя. Правовыя положенія, как таковыя, не имѣют этой оплодотворяющей силы, они, как есть, так и останутся только сами собой, пока не приведутся к своим простым составным элементам, и не вступят чрез это в родственныя отношенія с другими как в восходящей, так и в нисходящей линіи, т. е. не откроют своего происхожденія от других понятій и с своей стороны сами не получат возможности производить новыя [14]).

До сих пор мы разсматривали вліяніе, оказываемое анализом и систематической обработкой правовых положеній на само право; мы можем обозначить его одним словом, как возвышеніе правовых положеній на степень логических моментов системы. Но и для жизни эта операція имѣет величайшее значеніе; она нам предлагает, если можно так выразиться, простые реагенты для безконечно сложных частных случаев жизни. Кто хотѣл бы разрѣшать послѣдніе только с помощью правовых положеній, постоянно находился бы в затрудненіи, ибо комбинаціонное искусство жизни так неисчерпаемо, что богатѣйшая казуистика уложенія покажется жалкой сравнительно с ея вѣчно новыми случаями. Напротив при помощи тѣх немногих реагентов разрѣшаем мы каждый случай. Мнѣ можно было бы воспользоваться еще другим сравненіем, а именно назвать это систематическое или логическое строеніе права его азбукой. Отношеніе казуистически составленнаго кодекса к праву, приведенному к его логической формѣ, подобно отношенію письменнаго китайскаго языка к нашему. Китайцы имѣют для каждаго понятія свой особенный знак, человѣческой жизни едва достаточно для их изученія, и новыя понятія требуютъ у них прежде всего установленія своих особенных зна-

---

[14]) Для примѣра предположим, что новѣйшій законодатель регулировал бы вновь залоговое право. Дѣятельность науки будет состоять при этом в том, что она прежде всего разложит залоговое право на его два элемента: вещный (право на чужую вещь) и обязательственный (личныя долговыя отношенія между залогопринимателем и залогодателем). Далѣе изслѣдует она, какое измѣненіе претерпѣвает понятіе о правѣ на вещь и понятіе требованія в этой комбинаціи в залоговомъ правѣ; это измѣненіе и будет характеристической особенностью залоговаго права, которая одна только требует дальнѣйшей разработки и в которой заключается его производительный принцип.

Digitized by Google

ков. Мы же напротив имѣем небольшую азбуку, посредством которой можем разложить и сложить каждое слово; легкую для изученія и никогда не ставящую нас в затрудненіе. Точно также и казуистическое уложеніе содержит множество знаков для опредѣленных отдѣльных случаев; напротив право, приведенное к своим логическим моментам, представляет нам азбуку права, посредством которой мы можем разобрать и изобразить всѣ, даже небывалыя словообразованія жизни.

Теперь понятно то замѣчаніе, которое мы сдѣлали раньше, а именно, что количественное богатство правовых положеній есть признак слабости. Оно возвѣщает слабость умственной пищеварительной силы, безсиліе извлечь из множества правовыхъ положеній логическую квинтъ-эссенцію и принять ее в плоть и кровь. Именно эта способность есть характеристическое качество юриспруденціи и ея непрестанное примѣненіе к правовым положеніям непремѣнная обязанность послѣдней [14]а).

Если мы с полученным в предъидущем результатом обратимся теперь к нашей исходной точкѣ, то увидим, что наше знаніе правоваго организма расширилось в том смыслѣ, что бо̀льшая часть правовых положеній преобразовалась в логическіе моменты права, а эти в свою очередь в субстанціи высшаго порядка, так что от собственно правовых положеній, как таковых, остается очень немного. Эта, как мы выше назвали, перегонка правовых положеній в систему не есть дѣло субъективнаго произвола, не есть предпринятая наукой переработка матерьяла, но она заключается в самом правѣ; предпринимая ее и избавляясь от правовых поло-

---

[14]а) Яркій луч свѣта на сказанное в текстѣ бросает доклад коммиссіи, учрежденной для составленія свода русских законов. (Précis des notions historiques sur la formation du corps des lois russes. Saint-Petersburg. 1833). Со времени уложенія 1649 года было издано 35,000 законов, но из этой безпорядочной массы в частных собраніях, стоивших до 5,000 р., очень многаго недоставало, так из одного опредѣленнаго періода болѣе половины, а за 48 лѣт законы совсѣм туда не вошли. И все-таки коммиссія усматривает основную причину несовершеннаго состоянія права в недостаточном числѣ законов (86 стр.)! Только еслибы вся куча была на лицо, могла бы она, по ея мнѣнію, совершить нѣчто высокое в области юриспруденціи (стр. 96, 100) — вѣрнѣе было бы сжечь бо̀льшую часть этой кучи.

Digitized by Google

женій, мы замѣняем несовершенное, внѣшнее разсмотрѣніе предмета его внутренним пониманіем. Как система есть не что-либо внесенное в предмет извнѣ, но его собственный порядок, так и логическое построеніе и преосуществленіе правовых положеній, произведенное повидимому систематической дѣятельностью, на дѣлѣ есть только познаваніе истинной природы права. Опытному глазу право представляется логическим организмом правовых институтов и понятій, неопытному — сложностью правовых положеній; первое есть внутренняя природа права, второе — внѣшняя сторона, обращенная к практической жизни.

Если мы уже относительно этой внѣшней стороны права пришли к положенію, что ея познаніе сопряжено с трудностями и потому часто весьма неудовлетворительно, то для вышеупомянутаго логическаго строенія права имѣет это еще несравненно больше силы. Непосредственно практическая потребность приводит только к познанію *правовых положеній;* только обладая особенно счастливым природным дарованіем народ может рано перейти от правовых *положеній* к изобрѣтенію *азбуки* права. Мы увидим ниже, что именно в этом обнаружилось особенное предназначеніе римскаго народа к культурѣ права. Но высшая трудность этого метода разработки права была чувствительна даже для классических римских юристов. Omnis definitio in jure civili (образованіе понятія из матерьяла правовых положеній), говорят они, [15]), periculosa est: parum est enim ut non subverti possit; и встрѣчаются случаи, когда они объявляют себя не в состояніи точно опредѣлить понятіе и напирают на то, что пониманіе его надо пріобрѣсть из самой жизни [16]).

И здѣсь слѣдовательно снова дана возможность позже живущему усовершенствовать пониманіе права прошедших времен современниками, сознать то, что для них было скрыто. Если *они* оставили ему только сбор правовых положеній, то *он* должен по-

[15]) L. 202 de R. J. (50. 17).

[16]) Напр. при Mora. L. 32 pr. de usuris (22. 1).... nam difficilis est hujus rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit: an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque juris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti, quam juris. Но хотя формулированія понятій римскими юристами далеко не всегда удовлетворительны, зато эти понятія глубоко вкоренились в них, что доказывается их мастерским примѣненіем.

Digitized by Google

пытаться на основаніи их возстановить логическій организм права; если они показали ему только внѣшнюю, к жизни обращенную сторону права, то он должен постараться открыть его внутреннюю логическую сущность.

Мы дѣлаем теперь еще один шаг вперед в разсматриваніи организма права, послѣдній, который остается нам сдѣлать. Разсматривая право одного и того же народа в различныя времена, мы находим, что отдѣльные правовые институты, как бы велика ни была их логическая противоположность, напр. право наслѣдства, право обязательственное, право опеки и т. д., тѣм не менѣе в один и тот же період имѣють нѣчто общее, так сказать, извѣстное сходство в выраженіи их физіономій, и это сходство может быть даже сильнѣе, замѣтнѣе сходства с самим собой одного и того же института в различных фазах его развитія. Это дает нам право заключить, что въ общем организмѣ права дѣйствуютъ извѣстныя силы, которыя опредѣляют дух, склад и направленіе отдѣльных институтов. Но с этим единством направляющих сил отлично уживается, как в природѣ, так и в нравственном мірѣ различіе форм проявленія. То напр., что культура римскаго права особенно возвышается в то самое время, когда римская свобода начинает хилѣть, имѣет между собою повидимому также мало общаго, как и расцвѣт деревьев в долинах с таяніем снѣга на горах — но в обоих случаях дѣйствуетъ *одна* причина. Чѣм роскошнѣе жизненная сила, тѣм разнообразнѣе формы ея проявленія, чѣм слабѣе она, тѣм бѣднѣе и формы. Точно также и в правѣ однѣ и тѣже силы могут произвести в одном институтѣ ограниченіе, в другом расширеніе, здѣсь ослабленіе, там укрѣпленіе.

Только в этих направляющих силах и обнаруживается надлежащим образом единство и индивидуальность организма; если бы их не существовало, право было бы лишь сбором отдѣльных институтов; онѣ представляют нам нѣкоторым образом сердце правоваго организма, из котораго оживляющая и согрѣвающая кровь стремится по всѣм отдѣльным частям и сообщает им индивидуальный

Digitized by Google

характер, по которому можно узнать, что право принадлежит такому-то народу и такому-то времени. В каждой жилѣ чувствуем мы то сильнѣе, то слабѣе, біеніе пульса общих идей, воззрѣній, стремленій этого народа и этого времени, медленно и едва замѣтно приносят онѣ питательный матерьял отдѣльным институтам, и, подвергаясь сами перемѣнам времени, производят этим соотвѣтствующее измѣненіе всего организма — это есть *психическій момент* права, относящійся к видимой внѣшности его, как душа к тѣлу. Таким образом дух времени и дух народа является и духом права.

На сколько познаніе духа труднѣе познанія тѣла, на столько же изслѣдованіе этого психическаго момента — *духа права* — труднѣе изслѣдованія его тѣла. Между тѣм, как правовыя положенія лежат на виду — на поверхности, между тѣм, как правовые институты и правовыя понятія своим практическим примѣненіем почти что сами собой навязываются сознанію, тѣ направляющія силы права покоятся в самых глубочайших нѣдрах, дѣйствуют в высшей степени постепенно, и хотя проникают весь организм, однако положительно ни на одном мѣстѣ не выступают так явственно, чтобы их неминуемо должно было замѣтить. Никакая практическая потребность не принуждает познавать их, потому что онѣ являются не чѣм либо практическим, не правовыми положеніями, а только *качествами*, *характеристическими чертами* правовых институтов, общими мыслями, которыя, как таковыя, негодны ни к какому примѣненію, а только оказали опредѣленное вліяніе на образованіе практических положеній права.

Поэтому мы не должны удивляться, что эта сторона права открывается умственному взору всего позднѣе и всего недостаточнѣе, что нерѣдко именно тѣ тенденціи и идеи, над осуществленіем которых работает *это* поколѣніе, для него то самого и остаются скрытыми и проясняются только для послѣдующаго. Если бы когда нибудь понадобилось доказать высшую природу права, показать, что оно не есть произведеніе ума человѣческаго, не есть простой продукт размышленія, то стоило бы только указать на это явленіе. Законодатель, издающій закон с полным сознаніем своих цѣлей и стремленій, не может не думать, что закон — есть чисто *его* произведеніе и содержит только то, что он захотѣл в него включить, и тѣм не менѣе дух времени подсовывает ему, для него самого не-

Digitized by Google

замѣтно, матерьял, из котораго онъ формует свой закон и весь его труд и дѣло, единства и необходимости котораго он сам не понимает, является позднѣйшему наблюдателю вполнѣ законченным, отдѣльным моментом общаго развитія права. Как растеніе, которое видимо ничего не принимает из внѣшняго міра, на самом же дѣлѣ всю свою пищу извлекает из земли и из воздуха, так и каждое право незамѣтно получает элементы своей жизни из почвы, в которой пустило корни, и из атмосферы, в которой раскинуло вѣтви. Пока это совершается, наш притупленный глаз ничего не замѣчает, но как скоро это совершилось, мы по результатам доходим до познанія причины.

Если сказанное имѣет силу даже для преклоннаго возраста народов, то во сколько же раз больше значенія имѣет оно для времени их младенчества. Историк, быть может, с гораздо меньшим трудом может достигнуть истиннаго выраженія всей их борьбы и всѣх их стремленій, которое для них самих было еще тайной. Из каждаго правоваго института могут с удивительной ясностью выступать для нас извѣстныя національныя основныя воззрѣнія, которых однако сам народ никогда не сознавал или владѣть которыми умѣл только в формѣ предчувствія. Ибо конечно нерѣдко эти невысказанныя мысли достигают таинственным и скрытым образом яснаго выраженія в миѳах, этимологіи, символикѣ и т. д. — геній народа выражает иногда в сновидѣніях самосознаніе, котораго бы мы никогда у него не выманили в бодрствующем состояніи.

Таким образом историк находит здѣсь для своей дѣятельности поле плодородное, но не скроем, иногда весьма скользкое. Чѣм далѣе хочет он подвинуться на нем вперед, чѣм ближе хочет он подойти к мастерским исторіи, тѣм образы, ему встрѣчающіеся, дѣлаются туманнѣе и непостояннѣе, тѣм чаще вмѣсто духов, которых он преслѣдует, появляются блуждающіе огоньки, которые угрожают сбить его с прямаго пути. Уже со многими, стремившимися распознать дух какой нибудь вещи, съигрывал этот дух насмѣшливыя штуки, заманивал их то туда, то сюда и наконец совал им в руки вмѣсто себя какой нибудь призрак, казавшійся тѣм, чѣм он должен был быть, только самому изыскателю, но никому другому. Из за этого эти попытки потеряли всякій кредит въ глазах многих, и мѣщанин науки, вѣрящій только въ то, что он мо-

Digitized by Google

жет осязать руками, не может, оставаясь вѣрным своей природѣ, видѣть в них что либо другое, кромѣ пустой игры фантазіи. Понятно, что именно между юристами распространено такое настроеніе; Ѳома невѣрный, который болѣе полагается на осязаніе, чѣм на зрѣніе, был бы гораздо болѣе приличным для них патроном, чѣм святой Иво.

Между тѣм как все наше предшествовавшее изслѣдованіе приводило нас постоянно к тому положенію, что само право не совпадает с его субъективным сознаніем и потому при его обработкѣ требуется приведеніе к сознанію и скрытых сторон и частей права, господствующій метод ограничивается в существенном *воспроизведеніем догмы*, т. е. передачей законов, правовых положеній и понятій, которые передала ему историческая традиція. Его постоянный припѣв для римскаго права есть *изученіе источников* и самая смѣлая мысль, на которую он способен, состоит в пробужденіи вновь *чистой* римской теоріи. Если бы это было возможно, то он бросил бы за борт все, что не высказано прямо в римском правѣ, и развинтил бы наше научное образованіе до точки зрѣнія Ульпіана и Павла. Но времена Ульпіана и Павла прошли навсегда и не смотря на всѣ старанія больше не воротятся. Чтобы желать их возврата надо забыть, что каждое время должно быть оригиналом, а не копіей другаго, что каждое время может и должно разсматривать один и тот же историческій предмет с *ему* свойственной точки зрѣнія и что таким образом с каждым новым поколѣніем открываются новыя стороны самого предмета. В виду этого направленія требовалось подробнѣе обосновать наш взгляд и поставить обработкѣ римскаго права, как догматической, так и историческо-правовой болѣе высокую цѣль, чѣм простое воспроизведеніе римской догмы.

Digitized by Google

2. ФИЗІОЛОГИЧЕСКОЕ РАЗСМОТРѢНІЕ правоваго организма. — Функціи его в жизни. — Формальная осуществимость права. — Задача историка по отношенію к праву минувших времен.

IV. Цѣль органов лежит в их функціях; органы существуют, чтобы производить опредѣленныя отправленія, сообразно с этой цѣлью образована и вся их организація. На сколько это имѣет силу для физическаго организма, на столько же и для организма права. И здѣсь только познаніе функцій права приводит к пониманію его органов, физіологія к истинному пониманію анатоміи.

Посему нѣт ничего превратнѣе обсужденія права, как философской системы, только со стороны его духовнаго содержанія, его логическаго построенія и единства. Пусть с этой точки зрѣнія оно будет и образцовым произведеніем, но этим еще далеко не рѣшается вопрос о его истинном достоинствѣ; послѣднее лежит в его функціях, т. е. в его практической годности. Какая польза в том, что машина производит впечатлѣніе художественнаго произведенія, если она, как машина, никуда не годится? Нужно бы думать, что эту сторону — сторону функцій права, никогда не оставляли без надлежащаго вниманія. И однако мы нерѣдко встрѣчаем прямо противоположное. А именно, в той же мѣрѣ, в какой происходит описанный в предъидущих параграфах переход права из низшаго состоянія скопленія правовых положеній въ болѣе высшее — скопленія понятій (стр. 32), в той же мѣрѣ уходит из виду сторона функцій права. Повелительная форма запрещеній и повелѣній, выраженія: «должно быть то-то и то-то» почти неминуемо влекут за собой вопрос: «*почему*», но совсѣм иное происходит, как скоро правовыя положенія покинули эту форму и превратились в правовыя понятія. В таком случаѣ критика обращается скорѣе к их *логической* оцѣнкѣ, чѣм к разсмотрѣнію их *практической* годности. Да, изображающій право легко может впасть в заблужденіе и полагать, что он совершит нѣчто весьма высокое и великое, если так переработает матерьял, чтобы он казался произведеніем понятія, чтобы понятіе таким образом явилось в нем дѣлом первоначальным, само по себѣ существующим, между тѣм как на дѣлѣ все логическое построеніе права, как бы оно ни было совершенно, есть дѣло второстепенное, продукт цѣли, кото-

Digitized by Google

рой оно должно служить. То, что понятія приняли ту или другую форму, имѣет свою причину именно в том, что они только в этой формѣ удовлетворяют потребностям жизни, и очень часто из таких разсчетов прекращается или задерживается их свободное логическое развитіе. Без подобных вторженій логическое достоинство права было бы часто выше, а практическая годность его ниже [18]).

Функція права состоит вообще только в его осуществленіи. Что не реализуется, не есть *право* и наоборот, то, что отправляет функціи, есть право, хотя бы оно и не было признано таковым (обычное право). Дѣйствительность одна только *признает* текст, который дает закон или другое формулированіе права, дѣйствительным правом, она есть посему единственное надежное средство к его пониманію. Но она представляет нѣчто бо̀льшее, она в тоже время является и комментаріем и критикой этого текста. Usus longo tempore unus est legum corrector, как говорит Ливій (45, 32). Потому ни одно уложеніе, ни один теоретическій сборник права какого бы то ни было времени и какого бы то ни было народа не может быть понят без знанія реальнаго состоянія *этого* народа и *этого* времени. Почему правовыя положенія *существуют*, какое их назначеніе, будут ли они поддержаны жизнью в своем дѣйствіи, или она воспрепятствует им и т. д. — на всѣ эти вопросы дает отвѣт только сама жизнь. Формулированіе права, лежащее пред нами, есть только план машины; лучшее его объясненіе и вмѣстѣ с тѣм критику дает нам машина, когда она пущена в ход. Очень многія, оставленныя без вниманія пружины обнаруживают тогда глубокозахватывающую важность и многіе, весьма в глаза бросающіеся и повидимому весьма нужные валы оказываются почти что лишними.

---

[18]) Эти вторженія жизни в логическое развитіе права Римляне называют jus singulare, самую логику права ratio, также regula juris, напр. I. 16 de legib. (1. 3) *Jus singulare* est, quod contra tenorem *rationis* propter aliquam *utilitatem auctoritate constituentium* introductum est. L. 15 ibid. In his, quae *contra rationem juris* constituta sunt, non possumus sequi *regulam juris*. Римскіе юристы по справедливости отказывают jus' y singulare в логической производительности, чтобы разрыв в правѣ не был бы больше того, какой необходим. Слѣдовательно хотя оно имѣет силу по всему своему содержанію, однако не признается *производительным принципом*. I. 14 ibid. Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.

Digitized by Google

В цѣлях и потребностях *этого* опредѣленнаго времени лежит причина, почему *этот* институт существует или имѣет этот вид, в данных *им* условіях заключается и основаніе, дѣлающее один институт возможным, а другой излишним. Дальнѣйшее разъясненіе той мысли, что каждое право может быть понято только с точки зрѣнія дѣйствительной жизни, излишне даже для невѣжд [19]), но *одно* качество права, требуемое цѣлью его осуществленія, нуждается здѣсь в болѣе подробном изслѣдованіи. Я называю его *формальною осуществимостью* права [19]a).

Я различаю именно *матерьяльную* и *формальную* осуществимость права и понимаю под первой годность или соразмѣрность матерьяльных постановленій права. Она конечно вполнѣ относительна, обусловлена выше указанными отношеніями права к жизни, требованіями *даннаго* времени, особенностями *даннаго* народа, образом *данной* жизни. Под формальною же осуществимостью понимаю я *легкость* и *надежность* примѣненія обстрактнаго права к конкретным частным случаям. Смотря по тому, меньшаго или бо̀льшаго расхода духовной силы требует эта операція и надежен или ненадежен ея результат, говорю я про бо̀льшую или меньшую формальную осуществимость. Но здѣсь подразумѣвается не легкость или

---

[19]) Я позволю себѣ обратить вниманіе на отношеніе, существующее в отдѣльных правовых институтах между их анатомическим строеніем и положеніем и их функціями. Могут быть институты различнаго анатомическаго строенія с одинаковыми или сходными функціями, напр. завѣщаніе и donatio mortis causa, древнеримскій заклад в формѣ fiducia (перенесеніе собственности) и новѣйшій pignus, cessio и delegatio, cura и tutela, уничтоженіе иска и лишеніе права давностью владѣнія противной стороны и т. д. Наоборот строеніе может быть сходным или в одном и том же институтѣ остаться по существу тѣм же, а функціи могут очень расходится, как напр. при государственном устройствѣ республики, которое в началѣ императорскаго времени осталось тѣм же по своему анатомическому строенію (народ, сенат, магистрат). — Наш юридическій метод придает, к сожалѣнію, слишком большое значеніе анатомическому строенію институтов и слишком малое их функціям. Съ этой точки зрѣнія напр. Пухта поступает послѣдовательно, включая опеку въ обязательственное право.

[19]a) Связи ради переношу я послѣдующее изложеніе неизмѣненным из перваго изданія, хотя оно касается того же самаго качества, которое я во второй раз изложил под именем *удобопримѣняемости* права в теоріи техники (т. 2, часть 1), смотри там же стр. 347.

Digitized by Google

трудность *пониманія* примѣняемых правовых положеній. *Раз* правовое положеніе вѣрно понято, эта задача рѣшена раз на всегда и не повторяется при каждом отдѣльном случаѣ его примѣненія. Напротив задача, о трудности или легкости которой идет здѣсь рѣчь, касается *примѣненія* правоваго положенія, переложенія отвлеченнаго правила в конкретное право, и эта задача должна разрѣшаться вновь при каждом отдѣльном случаѣ. Примѣненіе правоваго положенія состоит в том, что то, что оно выставляет *отвлеченно*, разъясняется и выражается *конкретно*, а это может быть и весьма легко, и чрезвычайно трудно. При этом конечно многое зависит от ловкости и вѣрнаго глаза примѣняющаго (от юридическаго *діагноза*), однако объективная трудность или легкость примѣненія правоваго положенія опредѣляется им самим, а именно тѣм, с трудно или легко узнаваемыми признаками соединило оно свои опредѣленія. Каждое правовое положеніе присоединяет к опредѣленному *предположенію* («если кто либо сдѣлает то-то и то-то») опредѣленное слѣдствіе («то должно совершиться то-то и то-то»); [20]) примѣнить его слѣдовательно значит: 1) розыскать, существует ли предположеніе в конкретном случаѣ и 2) лишь *отвлеченно* выраженное слѣдствіе выразить *конкретно*, напр. убыток, который кто-либо должен вознаградить, оцѣнить деньгами. Понятно, очень многое зависит от того, как выражено это предположеніе и слѣдствіе. Возьмем напр. постановленія о безчестіи в древнѣйшем и позднѣйшем римском правѣ. В первом слѣдствіе безчестія, т. е. наказаніе его состояло в опредѣленной денежной суммѣ (25 асов), во втором оно было предоставлено усмотрѣнію судьи. Раз было там доказано, что безчестіе совершено, то слѣдствіе (присужденіе 25 асов) вытекало само собой; здѣсь же напротив требовалась для цѣли еще точная оцѣнка индивидуальных отношеній *даннаго* случая, напр. соціальнаго положенія оскор-

---

[20]) Эта форма («если-то») есть самая простая, самая точная и лежит в основаніи каждаго правоваго положенія, если даже и не выступает внѣшним образом, напр. «Несовершеннолѣтніе должны до 25 лѣт находится под опекой, поручительство женщин недѣйствительно и т. д.» Предположенія здѣсь: *если* кто не имѣет 25 лѣт, *если* поручительство будет принято на себя и притом женщиной; а слѣдствіем: то он должен находится под опекой и т. д.

Digitized by Google

бителя и оскорбленнаго, времени, мѣста и т. д. и опредѣленіе наказанія часто могло прійтись судьѣ очень тяжело. Относительно «предположенія» точно также весьма легко понять, что если оно основано вообще на «оскорбленіи чести», изслѣдовать, существует ли данное предположеніе в частном случаѣ, гораздо труднѣе, чѣм когда оно, как в нѣкоторых древних законах, гласит об опредѣленном, легко узнаваемом по внѣшним признакам фактѣ, напр. «если кто прибил другаго, обвинил в преступленіи» и т. д.

Чѣм общѣе и отвлеченнѣе опредѣлены предположенія и слѣдствія правоваго положенія, тѣм труднѣе его конкретное примѣненіе; чѣм конкретнѣе и болѣе внѣшне, тѣм легче. Но эта легкость конкретной распознаваемости абстрактнаго для практики важнѣе, чѣм логическая законченность отвлеченнаго содержанія. Постановленія, которыя в матерьяльном отношеніи нескладно скроены, но соединены с внѣшними, in concreto легко распознаваемыми признаками, в практическом отношеніи заслуживают предпочтенія пред правовыми положеніями, духовный вид и покрой которых безупречен, в которых однако формальная осуществимость оставлена без вниманія. Ибо важность этого послѣдняго качества заключается не только в том, что операція примѣненія права *облегчается* и *упрощается*, а слѣдовательно может и *ускоряться*, но и в том, что им *обезпечивается равномѣрное* осуществленіе права. Чѣм нагляднѣе и замѣтнѣе для глаза опредѣлены признаки какой либо классификаціи, тѣм вѣрнѣе можно разсчитывать, что каждая вещь будет вѣрно классифицирована; чѣм отвлеченнѣе, тѣм болѣе возрастает опасность ошибок.

Эта цѣль — *легкость* примѣненія имѣет опредѣленное вліяніе на логическое развитіе права, часто принуждает правовыя понятія отступать от их первоначальной чистоты, чтобы принять вид, в котором бы они легче могли быть примѣняемы практически. Что они теряют с одной стороны, то изобильно выигрывают с другой. Мы постараемся объяснить это на примѣрѣ частно-правовой и политической правоспособности (совершеннолѣтіе и избирательное право). Предположим, законодатель хочет нормировать ее и исходит из слѣдующей идеи: совершеннолѣтним должен быть тот, кто обладает нужной предусмотрительностью и твердостью характера, чтобы самостоятельно управлять своими дѣлами, способным изби-

Digitized by Google

рать и быть избираемым тот, кто имѣет способность и волю споспѣшествовать благу государства. Как ни вѣрна эта идея, однако весьма превратно было бы превозгласить ее законом в этом отвлеченном видѣ. Сколько времени и труда было бы потеряно, чтобы открыть существованіе этих предположеній в частном случаѣ, какой неисчерпаемый источник споров открыл бы этим законодатель, какой свободный простор дал бы он этим произволу судьи и сколько бы жалоб на пристрастіе возбудил бы он даже при безупречном примѣненіи его закона! Каким же образом может он избѣгнуть всего этого? Он замѣняет это предположеніе другими, которыя с ним находятся в извѣстной правильной, хотя и не необходимой связи и имѣют преимущество болѣе легкой и надежной конкретной распознаваемости, так напр. минувшіе 25 лѣт при совершеннолѣтіи, обладаніе извѣстным имуществом, отправленіе извѣстнаго рода обязанностей и т. д. при избирательной способности. Это отступленіе от первоначальной законодательной идеи, эта замѣна в отвлеченном отношеніи очевидно болѣе вѣрнаго предположенія менѣе правильным и вѣрным, но практически легче распознаваемым, требуется слѣдовательно цѣлью права, желательной легкостью и надежностью отправленія им его функцій. Пусть оно в примѣненіи и приводит там и сям к ошибкам, так в нашем примѣрѣ совершеннолѣтіе и избирательная способность могут быть признаны или не признаны в отдѣльных случаях, в которых по отвлеченной идеѣ этого не должно было бы быть; всетаки с точки зрѣнія жизни этот образ изложенія всегда будет заслуживать предпочтеніе, а только эта точка зрѣнія и имѣет для права рѣшающее значеніе.

Идея формальной осуществимости права есть слѣдовательно принцип, чуждый логической сущности правовых понятій, всячески измѣняющій ея свободное развитіе и всячески ему препятствующій. Этот принцип принуждает переносить сущность понятія на внѣшнюю сторону, для внутренних различій и понятій пріискивать внѣшніе, возможно мѣткіе признаки, короче, он ведет к выработкѣ *юридической симптоматики*. Как отдѣльные выводы из этого принципа, здѣсь могут быть названы, кромѣ только что упомянутаго овнѣшниванія «предположеній», и стоящаго с ним на ряду овнѣшниванія «слѣд-

Digitized by Google

ствій» [21]), *презумціи* [22]), которыя доказательствами противнаго могут быть лишены силы, *фикціи*, при которых нѣт этой возможности, формы юридических дѣйствій и т. д. [23]).

Мысль, проводимая нами до сих пор, та мысль, что право какого бы то ни было народа и какого бы то ни было времени не может быть понято и обсуждено, если его хотят изслѣдовать и изображать только со стороны его анатомическаго строенія—как *систему* права, так очевидна, что едва можно понять, как могли сдѣлать подобную ошибку при обработкѣ исторіи римскаго права, особенно частнаго права [24]). И всетаки по бо́льшей части случается так. Бо́льшая часть изложеній исторіи римскаго права содержат только исторію догмы, т. е. законодательства и ученія, а не изображеніе права, как оно существовало в дѣйствительности. Догма лишается при этом своей связи с фактическим міром, в котором находила основаніе и предположенія своего существованія и вмѣстѣ с тѣм свое оправданіе и пониманіе. Не удивительно, что многіе правовые институты приняли вслѣдствіе этого такой вид, что безпристрастному наблюдателю кажутся каррикатурами, в которых одна нелѣпость слѣдует за другой [25]). Для историка по спеціальности, который должен

---

[21]) Напр. вмѣсто опредѣленія назначаемаго в каждом отдѣльном случаѣ вознагражденія принятіе заранѣе опредѣленной отступной суммы (в римском правѣ проценты за отсрочку, duplum цѣны вещи и плодов, опредѣленный денежный штраф, sponsio tertiae partis, перенесеніе владѣнія в видѣ наказанія, fructus licitatio и т. д.).

[22]) Которым наша теперешняя наука законодательства в сравненіи с римской юриспруденціей придает слишком мало значенія; только наш вексельный устав и наше торговое уложеніе представляют из этого славныя исключенія. Считают даже за нѣчто похвальное объявлять войну всѣм, в самом римском правѣ невысказанным презумціям, которыя вполнѣ понятным образом были выставлены прежней практикой.

[23]) Напр. при завѣщаніи. Без таких форм было бы весьма трудно in concreto отвѣтить на вопрос, распорядился ли кто либо о своем наслѣдствѣ, или нѣт, и если распорядился, то как; можно было бы прійти в искушеніе считать выраженія какого либо лица о его *преднамѣренном послѣдующем* распоряженіи за выраженіе его послѣдней воли.

[24]) Мой упрек не распространяется на исторически-правовую обработку римскаго государственнаго права и уголовнаго процесса.

[25]) Я укажу для примѣра на изложеніе отношеній римских властей §. 32.

Digitized by Google

был бы написать исторію римскаго права, ошибка, совершаемая ежедневно романистами, была бы рѣшительно невозможна, и исторіи римскаго права послужило бы к большому благу — в этом я убѣжден — если бы историки по спеціальности болѣе занялись бы ею [26]). Причина ясна. Взор историка направлен прежде всего не на юридическія отвлеченія и формулированія минувшаго времени, а на его дѣйствительную правовую и нравственную жизнь во всей ея цѣлости и потому первыя никогда не покажутся ему изолированными. Напротив того, второй природой юриста сдѣлалось замѣчать в вещественных отношеніях только чисто юридическую сторону и потому его взор, даже когда он вступает в область исторіи римскаго права, направлен исключительно или преимущественно на догматическое содержаніе. К этому присоединяется еще то, что источники, из которых он должен черпать свой матерьял, были догматическими работами для *своего* времени, и в них разумѣется не встрѣтишь той реальной почвы, о которой мы говорили, по *той* причинѣ, что их сочинители писали для своих современников, а не для будущих историков права, и посему не имѣли нужды предпосылать обозрѣніе всей римской жизни, необходимое для их пониманія. Матерьял, который находит здѣсь историк права, *дедуктивнаго*, а не *описательнаго* рода; хотя бы он дошел до нас из времен Лабіона или Ульпіана, он по своей тенденціи будет все так же догматичен, как если бы заимствовался из нынѣшняго руководства к пандектам. Этот догматическій матерьял заключается в форму опять таки чисто догматической природы — в систему *теоріи* права, в которую жизнь с ея фактическими отношеніями, с ея обычаями и нравственностью не может найти доступа, потому именно, что эти силы и отношенія не суть правовыя понятія. Таким образом получаем мы в сущности вмѣсто исторіи права *руководства к институтам и пандектам различных періодов римской исторіи*, — изложенія, которыми

---

[26]) Я давно замѣтил это, читая краткій очерк исторіи римскаго права в извѣстной 44 главѣ *Гиббона*, тогда конечно не понимая, почему он имѣл для меня несравненно бо́льшую привлекательную силу, чѣм тогда уже появившіяся, подробныя, юристами составленныя изложенія. У Гиббона увидал я впервые в полном жизни образѣ хотя короткое, но связное цѣлое, в послѣдних же встрѣчал я разорванную и раздробленную систему правовых положеній, законов и т. д.

Digitized by Google

судья тѣх времен мог может быть с успѣхом пользоваться для практических цѣлей, которыя однако никак не могут принести пользы юристу нашего времени, стремящемуся проникнуть в правовую жизнь минувших времен. Первый принес бы с собой созерцаніе этой правовой жизни и тотчас понял бы догматическій препарат, ему предлагаемый; второму же предлагает этот препарат совсѣм иное, чѣм должен был бы предложить: вмѣсто образа живаго права прошедшаго времени, только *воспроизведеніе его теоріи.*

Если в предъидущих параграфах мы требовали от обработки римскаго права, чтобы она не смѣла останавливаться на простом формулированіи римской теоріи, то и в предлежащем параграфѣ мы приходим к совершенно такому же результату. *Догматическая* обработка права какого бы то ни было времени его современником не должна являться для позднѣйшаго изслѣдователя мѣрою или образцом при его *историческом* изображеніи права. Его предшественник не говорит многаго, что *мог бы* сказать, ибо это было бы излишним для *его* читателей — это должен он стараться восполнить для *своей* публики из других исторических источников; а многаго тот не *может* сказать, так как еще не *видит* — это должен дополнить *этот*, имѣющій перед собой весь позднѣйшій ход историческаго развитія и именно поэтому его обозрѣвающій. *То* восполненіе имѣет задачей: связать теорію с жизнью; *это*: довершать и одухотворять ее из нея самой.

II. Требованія, лежащія в понятіи ИСТОРІИ. — Выдѣленіе несущественных фактов. — Внутренняя связь фактов и момент времени. — Внутренняя хронологія или абсолютное и относительное опредѣленіе времени по внутренним признакам.

V. То, что право, как все существующее, измѣняется с теченіем времени, это есть факт, который сам по себѣ еще не уполномочивает нас говорить об исторіи права. Если бы исторія была только пестрой игрой внѣшних событій, рядом *видоизмѣненій*, то существовала бы и исторія вѣтра и погоды и исторія права могла бы ограничиться хронологически расположенным изложеніем законов и обычных прав.

Digitized by Google

Но уже простой здравый смыслъ замѣчает, что не все то, что *совершается*, есть *исторія*, а слѣдовательно и исторія состоит не в том, что нѣчто совершается, но зависит от того, *что* совершается. Уже на нисшей степени исторіографіи различаются *существенныя* и *несущественныя*, *историческія* и *неисторическія* происшествія. Как личность совершает ежедневно и ежечасно дѣйствія, которых ни один біограф не сочтет достойными сообщенія, так и в жизни народа совершаются такого рода ежедневныя отправленія, о которых даже подробнѣйшій лѣтописец не считает нужным упоминать, как о вполнѣ неисторических фактах.

Каким бы абсолютным законом для всякой исторіографіи ни являлось это раздѣленіе событій на достойныя и недостойныя сообщенія, однако масштаб, с помощью котораго она производит это раздѣленіе, относителен и измѣняется сообразно с точкой зрѣнія и с цѣлью. Что современному описателю кажется достойным сохраненія, быть может уже историком слѣдующаго поколѣнія отбросится в сторону, как не имѣющая цѣны замѣтка, за что он с своей стороны выведет на авансцену, как существенное, то, чему, как не существенному, тот не придавал никакого значенія и т. о. каждое время все снова просѣвает переданный ему матерьял. Но развѣ в области права происходит это иначе, чѣм во всякой другой области, развѣ здѣсь все, что *совершается*, потому уже составляет исторію? Развѣ нѣт законов, имѣющих столь мало историческаго значенія, что они относятся к исторіи права так, как обыкновенныя жизненныя отправленія особи относятся к исторіи ея жизни? Развѣ будущій историк обязан оказать нашему теперешнему времени честь пересчитать всѣ его законы о штемпельных налогах, о сроках давности и т. д.? Эти законы могут быть очень важны для современной жизни, как питье, ѣда, спанье для особи, но какое дѣло до них историку! Субъективный произвол, который можно было бы найти в том, что историк выбирает то, что ему кажется важным, не больше того произвола, какой должен выказать всякій, кто хочет разсказать нам самый незначительный случай; умѣнье отличать существенное есть необходимое качество всякаго разскащика. Кто из ложной основательности хочет сообщать все, что он находит в актах, лучше бы прочитал их слово в слово, т. е. совсѣм не дѣлал бы о них реферата; историк же права, не

Digitized by Google

рѣшающійся скрыть от читателя историческо-правовыя замѣтки, им найденныя, должен был бы сдѣлаться переписчиком, а не историком [27]).

Прослѣдим далѣе задачу исторіографіи. Исторія не состоит из *отдѣльных важных* событій, самое существенное в ней есть *связь* событій, единство развитія. Уже на низшей ступени исторіографіи выказывается в своем первом слабом зародышѣ способность к историческому разбору, к ощущенію различія между историческими и неисторическими фактами, тоже самое можно сказать и о *способности распознавать историческую связь*. Ибо факты, к которым должна примѣняться эта способность, почти также невольно навязываются нашему сознанію, как тот, что не все то, что совершается, принадлежит исторіи. Скоро замѣчают, что извѣстные, признанные достойными сообщенія, факты, несмотря на то, что по времени лежат далеко друг от друга, все-таки находятся вещественно в самой тѣсной связи, напротив другіе, хотя совпадаютъ по моменту времени, однако лишены всякаго внутренняго отношенія, другими словами, *что внутреннее родство и соотношеніе фактов есть болѣе*

---

[27]) Спеціалисту не безъизвѣстно, что римская исторія права в нѣкоторых новѣйших изложеніях стремится быть кладовой, в которой сохраняется с одинаковой заботливостью вполнѣ ничтожное рядом с полным значенія. Мнѣ кажется, что причина, почему вышеупомянутое первое и натуральнѣйшее требованіе от исторіографіи наименѣе соблюдается именно историками права, лежит в том, что послѣдніе отдаются своей задачѣ не с полной научной свободой, что они излагают исторію права не ради ея самой, а ради другой цѣли. Исторія права должна дать ключ к догматикѣ, вот злой рок, который витает над ней. Рядом с историческим интересом, который один законен в ея области, выступает чуждый ей сам по себѣ практическо-догматическій, и в столкновеніи двух этих интересов страдает она сама. То, что историк должен был бы выдѣлить, как вполнѣ несущественное, догматик не позволяет отнять у себя, как вспомогательное средство для экзегетики и вносит это, так как оно все-таки есть историческая замѣтка, в исторію права. Если бы римское право совсѣм не имѣло у нас практическаго значенія, то наши исторіи права могли бы служить только историческому интересу и слѣдовательно могли бы быть лучше, чѣм теперь, когда многіе в сущности смотрят на них как на историческую кладовую пандектов. *Практическій* интерес какой бы то ни было части или отдѣла исторіи чрезвычайно затрудняет невозмутимое послѣдованіе *исторической* точкѣ зрѣнія — *непрактическій* всего необходимѣе для историческаго изложенія.

Digitized by Google

существенный момент, чѣм их внѣшняя связь по времени. На дѣлѣ каждая исторіографія и преслѣдует болѣе или менѣе сознательно эту цѣль — открыть вещественную связь этих фактов. От перваго грубаго опыта выставить эту связь в формѣ внѣшней причинной связи до дерзкой кичливости логически построить все историческое движеніе, простирается длинный путь, но всѣм, по нему странствующим, обща по крайней мѣрѣ *та* мысль, что исторія не представляет хоровода вещественно различных событій, соединенных только моментом *времени*, что между этими событіями существует *внутренняя* связь. Но эта связь представляется нам не простой связью *цѣпи*, а единством, сообразностью с планом законченнаго художественнаго произведенія. Идеи, которыя развиваются в исторіи и в которых все множество явленій находит свое единство, сами в свою очередь совокупляются в одно гармоническое цѣлое, конечно не как само из себя двигающееся perpetuum mobile діалектики, но как свободное дѣло Божества и человѣчества.

Имѣет ли и право свою исторію или оно представляет покинутое Богом игралище произвола, волнообразную перемѣну измѣненій? Можно было бы усумниться в этом, обратив вниманіе на нѣкоторые историческіе періоды, в теченіи которых право кажется отданным на произвол прихотям *одного* индивидуума и неправильно измѣняющимся, как вѣтер и погода; или на времена политических катастроф, в продолженіи которых право служит страстям партій, как оружіе в руках побѣдителя и мѣняется вмѣстѣ с партіями. И все-таки, не смотря на весь человѣческій произвол, право имѣет свою исторію и направляющая рука Божія проявляется и в ней, хоть и не всегда так ясно, как в природѣ. Нас учат познавать Бога в цвѣткѣ и деревѣ, нам указывают на свѣтила небесныя, на неизмѣримость их числа и на законы их движенія, как на возвышеннѣйшій примѣр божественнаго всемогущества. Но насколько дух выше матеріи, настолько и устройство и величіе міра духовнаго выше устройства и величія міра матерьяльнаго. Движеніе нравственных идей во времени чудеснѣе движенія міровых тѣл в пространствѣ, ибо *онѣ* не идут безпрепятственно, как свѣтила, но на каждом шагу наталкиваются на сопротивленіе, ибо человѣческое упрямство и безразсудство и всѣ злыя силы человѣческаго сердца им противопоставляются. Если *эти идеи* все таки осуществляются в пе-

Digitized by Google

строй суматохѣ сопротивляющихся сил, если нравственная планетная система двигается с тѣм же порядком и гармоніей, как планетная система неба, то в этом заключается болѣе блестящее доказательство божественнаго управленія міром, чѣм во всем, что можно взять из внѣшней природы. Говорят про поэзію в правѣ и понимают под нею проявленіе привольнаго и остроумнаго пониманія, как оно обнаруживается в области права в столь разнообразных формах. Но это поэзія подчиненнаго рода, играющая в правѣ лишь незначительную роль, истинная поэзія права лежит в возвышенности его задачи и в его движеніи, которое может сравниться по своему величію и законосообразности с движеніем свѣтил. И римское право лучше всякаго другаго может дать нам почувствовать эту поэзію порядка и идеесообразности правоваго развитія; в моих глазах исторія этого права представляет безподобное художественное произведеніе, в котором величайшая простота и единство сочетались с богатѣйшей полнотой развитія.

Большинство изложеній исторіи римскаго права представляет конечно рѣзкій контраст с этим положеніем. Вмѣсто единства в историческом движеніи всѣх институтов представляют они нам только ряд измѣненій, повидимому неимѣющих друг с другом ничего общаго, разрывают матерьял на внутреннюю и внѣшнюю исторію права, причем послѣднюю излагают по періодам (т. н. синхронистическій метод), а первую без них (т. н. хронологическій метод), чѣм уже с самаго начала отрицают единство и цѣлость движенія в исторіи права. Основаніе, которым они хотят оправдать этот обрадѣйствія, то основаніе, что отдѣльные институты развилися неравномѣрно, так что для всѣх нельзя обозначить одних и тѣх же періодов, имѣет тот смысл, что институты права имѣют свою исторію, но право, как цѣлое, ея не имѣет [28]). Знаменитая исторія права Гуго, хотя и соединяет внутреннюю и внѣшнюю исторію права и излагает их в одних и тѣх же періодах, но связь их, как и связь самих

[28]) Вопрос, не оправдывается ли такая разработка предмета при академическом преподаваніи методологическими основаніями, может здѣсь остаться нерѣшенным, так как литература во всяком случаѣ не предназначена служить исключительно академическому преподаванію.

Digitized by Google

періодов, имѣет в высшей степени внѣшній характер и система раздробленія именно в ней доведена до крайности [29]).

Развѣ это дѣйствительно вѣрно, что отдѣльные институты развиваются неравномѣрно? Развѣ возможно, чтобы один институт служил одной идеѣ, а другой — другой, или, если тѣже идеи повторяются во всѣх институтах, развѣ возможно, чтобы онѣ являлись в этом — в этой, в том — в прямопротивуположной очереди? Тогда бы конечно не было и рѣчи об исторіи права, ибо гдѣ каждая отдѣльная часть движется *самостоятельно*, там не может быть ни цѣлаго, ни единства.

Слѣдовательно, чтобы можно было вести рѣчь об исторіи права, необходимо предположить извѣстную соразмѣрность и одновременность в движеніи отдѣльных институтов. Это предположеніе существует и на самом дѣлѣ, не надо только допускать сбивать себя с толку кажущейся противоположностью. Если этого предположенія не могут найти, то причина этого заключается только

---

[29]) Періоды Гуго похожи на станціи, на которых отдыхают отдѣльные институты, чтобы, когда всѣ соберутся, вновь отправиться в путь, каждый сам по себѣ. Ни один институт не заботится о другом, у них только и есть общаго, что они должны заѣзжать на тѣже станціи. Многіе сдѣлали бы гораздо ранѣе привал, другіе наоборот, прошли бы еще за станцію, так как именно здѣсь они находятся в полном ходу, но и то, и другое не дозволяется, они должны отдыхать там, гдѣ им повелѣл Гуго. За то Гуго хвалит одно преимущество своих періодовъ, котораго стараются по возможности достигнуть и при почтовых дистанціях, именно ихъ одинаковую длину; он старается подкупить читателя замѣчаніем, что «почти что только для удобства читателя (и развѣ для того, чтобы отдѣльныя происшествія выставить надлежащим образом) производится дѣленіе на отдѣлы, въ каком бы числѣ и каковы бы они ни были». Кажется, он основывается на той мысли, что у слабаго человѣка не хватает силы идти одинаковым шагом с исторіей, которая, не уставая, продолжает безостановочно свой бѣг. Слѣдовательно эти отдѣлы зависят вполнѣ от размѣра силы, приносимой с собой читателем, и если бы спрашивалось, лучше ли дать ему заѣхать к Цицерону или Августу, лучше ли к Александру Северу или Константину, можно было бы принять в уваженіе еще его особенное пристрастіе к той или другой из этих личностей.

Господствующій метод, позволяющій пройти всякому институту весь путь, хотя только для одного себя, но за то без перерывов, имѣет пред таким произволом Гуго и его системой раздробленія еще явное преимущество; если он не дает исторіи права, то по крайней мѣрѣ дает исторію отдѣльных правовых институтов.

Digitized by Google

в том, что его понимают слишком механически, обращают вниманіе не на *внутреннее* равенство производящих сил, а на *внѣшнее* — форм проявленія, одновременность же опредѣляют слишком тѣсной для права мѣрой времени.

Разсмотрим немного поближе оба пункта, а именно прежде всего *однородность историческаго движенія.*

Никто не усумниться говорить о заболѣваніи или полном преобразованіи организма, хотя бы оно и не выказалось на его отдѣльных неважных частях. Так и в правѣ, если мы говорим о полном преобразованіи его организма, ни один мыслящій не потребует от нас, чтобы мы указали эту перемѣну на каждом его атомѣ. Основныя идеи, вызвавшія это преобразованіе, в нѣкоторых частностях права не *могут* проявится, причем послѣднія и не оказывают на них никакого *воздѣйствія.*

Это замѣчаніе, что не в *каждом отдѣльном пунктѣ* права повторяется тоже явленіе, никогда не затруднило бы и исторіи римскаго права. Единственная ограниченность, которая была ей опасна, касается распознаванія однородности в преобразованіи отдѣльных институтов. Эта однородность только в меньшинствѣ случаев механическая, замѣтная для глаз; я могу повторить здѣсь сдѣланное выше замѣчаніе (стр. 37), что однородность проявленія есть признак слабости, сила же наоборот выказывается в разнообразіи форм проявленія. И в правѣ лишь зима одѣвается в *одну* краску, остальныя же времена года в весьма различныя.

Но это разнообразіе форм проявленія не рѣдко опасно для распознаванія внутренней однородности. Протей исторіи всплывает в волнах исторических явленій то здѣсь, то там в измѣненном образѣ и старается обмануть нас перемѣною этого образа. Чтобы избѣгнуть этой опасности, мы не должны придерживаться обманчивой наружности явленія, должны измѣрять его не тѣми идеями, которыя плавают на его поверхности, но тѣми, которыя составляют его ядро, его сущность [29]а). Чтобы найти послѣднія, потребна извѣстная ширь отвлеченія, необходимо восхожденіе от ближайших

[29]а) Подобное замѣчаніе дѣлает уже Varro de L. L. IX, 92: Similia non solum a facie dici, sed etiam ab aliqua conjuncta vi ac potestate, quae et oculis et auribus latere soleant.

Digitized by Google

идей, отмѣченных индивидуальностью института и потому повидимому различных, к их общему, абстрактному пункту единства. Если дать примѣр из нашего позднѣйшаго изложенія, то конечно введеніе формулярнаго процесса, привелегіи солдат, женщин и т. д., осужденіе на уплату извѣстной денежной суммы вмѣсто дѣйствительной стоимости вещи, принятіе в уваженіе absentia, actio injuriarum aestimatoria и т. д. все это повидимому весьма различно, но все это находит свое единеніе в идеѣ индивидуализирующей тенденціи позднѣйшаго римскаго права. Точно также грамматическое толкованіе старо-римской юриспруденціи не имѣет на первый взгляд ничего общаго с преобладаніем вещной стороны и физической силы в древнѣйшем правѣ и всетаки и они могут быть приведены к одной и той же точкѣ зрѣнія преобладанія внѣшности (II § 42, 43).

Обратимся теперь ко второму нашему положенію — к *одновременности историческаго движенія*. Мѣра времени, которою надо измѣрять продолжительныя состоянія или мимопреходящія событія, как извѣстно, весьма относительна и принаравливается к продолжительности или краткости времени, которое занимает назначаемый к измѣренію предмет. Потому минута может быть уже слишком широкой, столѣтіе слишком узкой мѣрой. В политической исторіи мы привыкли считать по годам и переносим эту мѣру на исторію права, не предложивши вопроса, соотвѣтствует ли она ей. Мы покажем ниже, что этот вопрос должен быть рѣшен отрицательно, что исторія права требует несравненно болѣе широкой мѣры, чѣм политическая исторія; здѣсь разсматриваем мы эту ошибку только в ея примѣненіи к искомой одновременности в движеніи отдѣльных институтов.

Если измѣрять эту одновременность по годам, то почти никогда не найти ея существованія и не только вслѣдствіи медленности, развитія права вообще, но и вслѣдствіи различной преобразуемости, гибкости и подвижности отдѣльных институтов. Многіе из них отличаются неуклюжестью и неподвижностью, другіе же напротив подвижностью и гибкостью, так что тот же самый процесс развитія, который у послѣдних совершается легко и без труда и заканчивается в *одно* столѣтіе, у первых тянется много вѣков в тяжкой работѣ.

Digitized by Google

Так напр. публичное и частное право, уголовный и гражданскій процесс и в частном правѣ его отдѣльные институты стоят в этом отношеніи не на одной и той же ступени. Семейное право и, насколько оно связано с ним, право наслѣдства развиваются медленнѣе и менѣе способны к преобразованію, чѣм право имущественное, а это, в свою очередь, в отношеніи к недвижимому имѣнію выказывает бо́льшую устойчивость, чѣм в отношеніи к движимому, наконец относительно послѣдняго, в отношеніях, принадлежащих к торговым сношеніям, достигается высшая степень способности к развитію [29]b).

Если бы таким образом один и тот же процесс развитія начался бы и одновременно во всѣх институтах, то всетаки дальнѣйшій ход его опредѣлился бы их различной воспріимчивостью, а вслѣдствіи этого различія он мог бы у одного уже кончится в то время, как у другаго только что достиг бы своей полной силы. В длинный період времени от XII таблиц до Юстиніана нельзя поэтому ни одного года, даже ни одного періода в 50 или 100 лѣт назначить поворотным пунктом для всѣх институтов; вѣрный для нѣкоторых из них, для других он будет слишком ранним, для третьих слишком поздним.

Но что же слѣдует из этого? Не отсутствіе одновременности, а только потребность болѣе широкаго ея пониманія. Как отыскивавшееся нами тождество развитія отдѣльных институтов обладает большою эластичностью относительно *формы* их проявленія, так точно и относительно *времени* их проявленія и только от вѣрнаго масштаба зависит найти то и другое. Дальнѣйшее изложеніе докажет для исторіи права необходимость такого, болѣе свободнаго обращенія с временем в еще болѣе широком объемѣ; здѣсь же мы удовольствуемся тѣм ближайшим результатом, что при вѣрном выборѣ точки зрѣнія указанное нашими историками права согласіе в развитіи отдѣльных институтов во всяком случаѣ может быть найдено.

Хотя эта соразмѣрность в движеніи отдѣльных частей должна предполагаться, чтобы можно было вести рѣчь о исторіи права во всей

---

[29]b) Доказательство этого из исторіи русскаго права см. Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft u. Gesetzgebung des Auslandes. XII. S. 74.

Digitized by Google

его цѣлости, однако она не совпадает с послѣдней. Движеніе всѣх отдѣльных институтов могло бы вѣдь совершаться без всякаго плана, быть безпорядочной игрой их однообразных измѣненій и тогда бы не было и рѣчи об исторіи *права*. Слѣдовательно недостаточно доказать, что отдѣльные институты одновременно проходят тѣже самыя эпохи развитія, но необходимо доказать, что и очередь их различных фаз имѣет внутреннюю связь, что слѣдовательно исторія права как с точки зрѣнія отдѣльнаго даннаго момента времени, так и с точки всего его послѣдовательнаго хода, дает впечатлѣніе единства, я сказал бы: что единство имѣет мѣсто как в пребываніи друг подлѣ друга, так и в слѣдованіи друг за другом, как в ширину, так и в длину.

Мы можем уже прямо принять, что в исторіи права существует подобное послѣдовательное единство. А именно, как индивидуальность народа не измѣняется таким образом, что сегодня она одна, завтра другая, как внѣшняя жизнь и сношенія его развиваются не причудливо и не скачками, так-точно не может случиться этого и с соотвѣтствующим развитіем права. Если там находит себѣ мѣсто единство развитія, то оно должно повториться и здѣсь. Но как легко a priori вывести это единство, также кажется трудно доказать его на опредѣленном отдѣльном правѣ. Разумѣется я не могу дать руководства для этого, но я хочу покрайней мѣрѣ отрицательно попробовать устранить препятствіе, которое, как кажется, дѣйствовало очень вредно. Это есть то незаслуженное вліяніе, которое обыкновенно придают моменту времени. Я могу прибавить к вышесдѣланному замѣчанію, что внутренняя связь фактов существеннѣе их внѣшней связи по времени. Это замѣчаніе имѣет для исторіи права особенно высокое значеніе; момент времени отступает здѣсь гораздо больше на задній план, чѣм в политической исторіи. Мы намѣрены в послѣдующем развить подробнѣе

значеніе момента времени для исторіи права,

равно как и тѣ послѣдствія, которыя вытекают отсюда для изложенія исторіи права.

Это значеніе состоит прежде всего в том, что исторія работает в этой области чрезвычайно медленно, при малой производительности употребляет необыкновенно много времени. Конечно

Digitized by Google

много законов может быть издано в короткое время, но далеко не на каждый закон смотрю я, как на *историческое* явленіе. Законы могут тѣсниться друг за другом как облака на небосклонѣ при вѣтряном небѣ, но если они также скоро, как послѣднія, проходят, исчезают и не оставляют позади никакого слѣда, то я считаю их не за продукты, про которые я здѣсь говорю, а за опилки и щепки, которые летят от продуктов, когда над ними работает исторія. Производительность исторіи права имѣет предметом развитіе правоваго организма и выказывается не в том, что он *потребляет*, а в том, что он *переваривает*. *Эта* работа подвигается очень медленно и в тысячелѣтіе выработывает, может быть, не так много, как исторія политическая, художественная и литературная в одно столѣтіе. Рѣдко бывают в исторіи права случаи, гдѣ оно под вліяніем внезапнаго могущественнаго толчка получает быстрое движеніе и, так сказать, путем вулканическаго образованія извергает из себя новые готовые пласты, но и здѣсь внезапному перевороту предшествует долгое время подготовки. Общее же правило заключается в *том*, что эти слои образуются и отлагаются в высшей степени постепенным и незамѣтным осадком атомов, так что образованіе новой формаціи может потребовать много столѣтій [30]). Легко найти причину этой необычайной неповоротливости права, она тождественна с той, почему развитіе характера подвигается медленнѣе и с бо́льшим трудом, чѣм умственное образованіе. Характер личности и право — вѣдь послѣднее есть характер личности народа — которые безпрестанно измѣняются, которые по роду умственной дѣятельности заняты постоянным движеніем и работой, сто́ят оба не много. Извѣстная устойчивость и упорность есть у обоих признак здоровья и силы. Еслибы каждое поколѣніе отвергало наслѣдованное от прошедшаго право, как «вѣчную болѣзнь» и поставляло на его мѣсто право «рожденное с нами», то нравственная сила права над умами скоро потерялась бы и право, вѣчно измѣняясь, устремилось бы к погибели. Чѣм

---

[30]) Всего больше сходства с правом и в этом отношеніи имѣет язык. Различіе національнаго характера производит и здѣсь различныя степени способности к развитію; как на примѣр этого можно указать на: «бо́льшое упорство доризма в старом и измѣнчивую гибкость нарѣчій іоническаго корня».

Digitized by Google

легче, скорѣе и чаще производит в государствѣ право, тѣм меньше его нравственная сила; [31]) чѣм рѣже эти творенія, чѣм дольше промежуток между зачатіем и рожденіем, чѣм чувствительнѣе болѣзни рожденія, тѣм крѣпче и сильнѣе продукт. Потому право может удасться только у крѣпкаго волей народа, так как только у такого народа развита и консервативная и прогрессивная сила в такой мѣрѣ, что право идет вперед медленно и надежно. Как примѣр назову я древній Рим и Англію; к сожалѣнію для противоположной крайности плодовитости поденок (насѣкомыя) отыскать примѣр гораздо легче.

Это, только что развитое нами начало неповоротливости и медленности права другими словами можно выразить еще так: право требует для своих твореній болѣе длинных *періодов времени.* Рядом с этим началом мы ставим вторую особенность отношенія времени к исторіи права, именно неопредѣленность и шаткость *момента времени.* Эта особенность не соединена непремѣнно с продолжительностью періодов; послѣдняя может быть связана с рѣзкою опредѣленностью моментов времени и наоборот краткость періодов с их неопредѣленностью.

Изданіе извѣстнаго закона можно опредѣлить днем и даже часом, и еслибы исторія права была бы только исторіей законов, то для нѣкоторых времен могла бы здѣсь господствовать крайняя хронологическая точность. Но как важно в *практическом* отношеніи, с какого *момента* времени имѣет силу закон, так же мало важно это в историческом. Как *единственная* внѣшняя точка опоры может быть употреблено нами и здѣсь число изданія закона, но мы не должны преувеличивать его значенія. Ничто не может быть ошибочнѣе мысли, что момент рожденія выставленных в законѣ правовых правил совпадает с моментом изданія этого закона. Оба, напротив того, могут чрезвычайно расходиться; мы напомним только о нашем изслѣдованіи относительно формулированія правовых положеній. Задолго до того, как закон санкціонирует правовое правило, оно может уже имѣть силу в жизни и только случаю обязано оно тѣм, что *высказывается* именно теперь, а не раньше или

[31]) Извѣстное изрѣченіе Тацита: perditissima republica plurimae leges. Вѣдь и у личности изобиліе добрых намѣреній есть признак слабости характера.

Digitized by Google

позже. Как ошибочно было бы считать моментом возникновенія этого правила день изданія закона!

Но часто нѣт даже этой внѣшней точки опоры — дня публикаціи законов. Сколько важных законов является в исторіи римскаго права, относительно которых не сохранилось даже столѣтія, в которое они были изданы. А сколько образуется на почвѣ права такого, о чем не упоминается ни в одном законѣ. То, что творческая сила жизни или практика судов вызывает на свѣт Божій обычноправовым путем, то, что наука вводит мало по малу в обращеніе и в обыкновеніе, все это не может быть означено числом. Или мы должны относить это к тому времени, когда оно в первый раз сообщено было в наших источниках: год, в который оно попадается в *дошедшей до нас* литературѣ и, может быть пятидесятый или сотый его существованія, принять за первый? Блестящія дѣла отдѣльных индивидуумов, битвы и замѣчательные случаи, а также и важные законы заботливо сообщаются, потому-что по своему виду они бросаются в глаза, а по времени случаются в опредѣленном году; ни один лѣтописец, имѣя перед глазами этот год, не пройдет мимо них; наоборот постепенная и незамѣтная выработка права из жизни легко скрывается от глаз и рѣдко имѣет такое блестящее и в опредѣленный момент времени случающееся окончаніе, чтобы быть замѣченною как событіе опредѣленнаго года. Образованное этим путем правовое положеніе, именно потому, что его образованіе не соединено с шумом и не падает на отдѣльный год, незамѣтно прокрадывается чрез много лѣт, пока случай не доставит ему первой письменной отмѣтки, которую опять таки другой случай может скрыть от потомства. При разсмотрѣніи правоваго организма (§ 3) мы нашли, что он состоит из трех частей: правовых положеній, правовых понятій и его психической организаціи и вообще хронологическая опредѣленность должна была бы уменьшаться в той же постепенности, в какой мы переходим в этом строеніи от спеціальнаго к всеобщему. Правовое положеніе требует для своего образованія меньше времени, чѣм правовое понятіе, правовое понятіе меньше времени, чѣм переворот в воззрѣніи на право. Для тѣх періодов исторіи, впродолженіи которых образованіе правовых положеній достается преимущественно на долю законодателя, это правило

Digitized by Google

оказывается очевидно самым вѣрным и здѣсь оно может быть выражено еще слѣдующим образом: Законодатель работает скорѣе науки, наука скорѣе духа народа, а чѣм медленнѣе совершается здѣсь процесс образованія, тѣм неопредѣленнѣе *момент времени* его окончанія.

Из предъидущаго достаточно ясно видно, как несовершенна должна быть хронологія исторіи права для отдаленной, бѣдной источниками древности. Для нѣкоторых вполнѣ безразличных законов она может дать год и число, а для наиболѣе важных событій, для переворота в идеях и вызваннаго им преобразованія права едва столѣтіе. Таблица годов, которой она владѣет при посредствѣ своих источников, вслѣдствіе этого по необходимости весьма неполна, и отдѣльныя данныя, по предъидущему, только весьма рѣдко содержат дѣйствительное, истинное опредѣленіе момента времени какого либо явленія в исторіи права. Поэтому я лишь весьма невысоко могу оцѣнить непосредственный интерес столь несовершенной хронологіи; за то ниже, при рѣчи о том, что мы поставим на ея мѣсто, сдѣлается очевидным ея высокое посредственное значеніе.

Результатом всего этого мы получили, что момент времени в исторіи права имѣет меньшее значеніе, чѣм в политической, причем развитіе права имѣет болѣе внутренній характер и потому идет медленно и незамѣтно, и слѣдовательно *періоды* времени весьма продолжительны, а *моменты* времени весьма неопредѣленны.

Выраженіем того же результата, только в других словах, будет слѣдующее правило: Историк права должен измѣрять время болѣе широкой и эластичной мѣрой, чѣм какая употребительна в других случаях. Чѣм тѣснѣе границы предмета во времени или в пространствѣ, тѣм точнѣе может быть мѣра времени или пространства, тѣм ближе может быть точка, с которой производится его разсмотрѣніе; чѣм шире однако же протяженіе его в пространствѣ и во времени, тѣм шире *может* быть мѣра, тѣм отдаленнѣе *должна* быть точка его разсмотрѣнія, чтобы могло получиться вѣрное впечатлѣніе цѣлаго, чтобы бросался в глаза склад предмета. Историк права не может поэтому положить в основаніе небольшіе и по годам опредѣленные періоды, которые конечно были бы очень удобны для изложенія политической исторіи, иначе он затруднит себѣ с

Digitized by Google

самого начала преслѣдованіе своей главной цѣли — открытіе вещественной связи в развитіи права. Напротив того, он должен будет с самаго начала приготовиться слѣдить без перерывов за этим развитіем в теченіи ряда вѣков, я сказал бы, давать времени время сдѣлаться ему понятным. Точно также, когда ход этого развитія потребует закончить отдѣл, он не поставит себѣ пограничным столбом опредѣленнаго года, за который он не посмѣл бы простирать своего взора. Потому что, если бы даже сама исторія чрезвычайно облегчила ему установленіе такого нормальнаго года, всетаки многое, по существу принадлежащее послѣдующему періоду, упало бы по времени по эту сторону нормальнаго года, а многое, что по существу принадлежит предъидущему періоду, упало бы по ту его сторону. Рѣзкій разрѣз по времени раздѣлил бы здѣсь слѣдовательно принадлежащее друг к другу, разнородное поставил бы без всякой связи рядом. Чтобы спасти это внутреннее соотношеніе, историк права будет в состояніи опредѣлять границы своих періодов не годами, а может быть, только столѣтіями, и все-таки, может случиться, принужден будет ради внутренней связи переносить отдѣльное из одного періода в другой. Поэтому необходимо придется признать за періодами историка права извѣстную эластичность. Это требованіе представляет въ сущности только примѣненіе выше выставленнаго нами фундаментальнаго положенія, что *внутреннее* родство фактов существеннѣе, чѣм их *внѣшняя* связь по времени. Исторія каждаго права докажет на дѣлѣ, что предвѣстники новой системы появляются уже в то время, когда старая находится еще в полной своей силѣ и что наоборот отсталые послѣдней могут так запоздать, что первая достигнет между тѣмъ полнаго своего господства. Эти предвѣстники, по времени болѣе ранніе, чѣм эти отсталые, могут быть правильно оцѣнены только с точки зрѣнія *новой* системы, эти отсталые только съ точки зрѣнія старой, их настоящее мѣсто укажет им не их хронологическое, а их систематическое отношеніе.

Предъидущее изслѣдованіе привело уже нас к такому пункту, от котораго остается сдѣлать только один шаг, чтобы в нерѣдком в исторіи права случаѣ столкновенія между моментом времени и

Digitized by Google

моментом фактической связи историческаго развитія (хронологическим и систематическим моментами) объявить первый момент второстепенным и побочным, второй существенным и опредѣляющим. Время должно быть вытѣснено системой, послѣдняя должна свободно развиваться сама из себя, не стѣсняясь временем, которое должно находить доступ лишь на столько, на сколько в состояніи превратится в систематическій момент. Может быть неподобающее времени значеніе, которое придают ему в исторіи права, приводит меня к противоположной крайности, как и обыкновенно одна крайность вызывает другую, но до сих пор я не нашел ни малѣйшаго основанія сомнѣваться в вѣрности моего взгляда, привести основанія котораго я хочу теперь попытаться.

Здѣсь возможны двѣ противуположныя крайности: исключительное расположеніе исторіи права по моменту времени и исключительное, пренебрегающее всяким показаніем времени, представленіе внутренней связи развитія. Первая крайность, чисто-лѣтописный метод изложенія, не предположил бы и не допустил бы никакого взгляда на цѣльное развитіе права; здѣсь не было бы сдѣлано даже и перваго приступа к исторіи права, и с этой исходной точки нельзя было бы даже и приблизиться к систематическому моменту, не говоря уже о том, чтобы слить оба момента в одно цѣлое.

Совершенно другое представляет нам противоположная крайность. Предположим, что дѣйствительно удалось бы схватить и изложить реальную связь развитія права (о чем ниже будет подробнѣе), тогда этим была бы разрѣшена существенная задача историка, а чего недоставало бы, то легко могло бы быть пополнено, вѣдь это были бы только числа годов, чисто случайная, внѣшняя сторона во времени [32]). Здѣсь не было бы совершено такой же ошибки относительно хронологическаго момента, как там

---

[32]) Я называю их случайными в том же смыслѣ, в каком можно назвать случаем то, что в опредѣленный період умерли тѣ и тѣ личности, между тѣм, как по статистическим наблюденіям можно было заранѣе показать *необходимость* того, чтобы столько то процентовъ народонаселенія умерло. Точно также можно понять и мотивировать то, почему данный историческій факт совершился в это столѣтіе, но не то, почему в этот год и в этот день.

Digitized by Google

относительно систематическаго, время здѣсь не было бы отрицаемо, как там система, но система на дѣлѣ приняла бы в себя, даже без вѣдома и воли излагающаго, сама собой, самое существенное в моментѣ времени, потому что изображеніе реальнаго развитія права (что здѣсь я и называю системой) двигалось бы параллельно самому времени. Движеніе вперед системы необходимым образом подразумѣвает движеніе времени, но не наоборот, потому что время не есть vis movens, а только простыя рамки, в которых происходят перестроенія системы. Измѣненіе одного и того же предмета предполагает необходимо измѣненіе времени, и кто понял систематически, по его содержанію, отношеніе в измѣненіях предмета, в существенном приведет их в тот же порядок, в каком они слѣдуют друг за другом во времени.

Геологу, разсказывающему нам исторію образованія земной поверхности, не дано никакого внѣшняго свидѣтельства времени, ему не сообщено, в какой очереди и с какими промежутками шли измѣненія земной коры. И всетаки он может доказать нам эту очередь самым неоспоримым образом и даже, хотя и очень широким масштабом, опредѣлить время, которое протекло над этими образованіями — ибо исторія, которую он излагает, врѣзалась в самый предмет, момент *времени* соотвѣтственно отпечатался на самой *вещи*.

Эта опредѣляемость времени по вещественным признакам, эта возможность *внутренней* хронологіи в противоположность хронологіи *внѣшней*, опирающейся на внѣшнія свидѣтельства, отнюдь не ограничивается исторіей природы, но находит свое примѣненіе и в области нравственнаго міра. Возьмем напр. исторію литературы и языка. Еслибы нѣсколько тысячелѣтій спустя дали историку литературы и филологу главнѣйшія произведенія нѣмецкой литературы с ея начала до настоящаго времени в пестром безпорядкѣ, выключив наперед всѣ находящіяся там означенія годов, развѣ ему не должно бы было удасться опредѣлить по систематическим признакам их хронологическую послѣдовательность и написать исторію нѣмецкаго языка и литературы, в которой ничего бы недоставало, кромѣ чисел годов? Если бы ему дали для каждаго періода только нѣкоторыя внѣшнія хронологическія точки опоры, то он

Digitized by Google

был бы даже в состояніи сам сдѣлать бо̀льшую часть недостающих опредѣленій времени. Тоже самое имѣет силу и для права.

Чѣм безличнѣе, внутреннѣе, естественнѣе развитіе, чѣм медленнѣе оно двигается, чѣм меньше совпадает начало или конец его с опредѣленным моментом времени, тѣм скуднѣе обыкновенно дѣлается внѣшняя хронологія, тѣм нужнѣе, но вмѣстѣ с тѣм и удобоисполнимѣе дѣлается ея восполненіе путем внутренняго хронологическаго опредѣленія.

Всего менѣе трудностей будет встрѣчать это опредѣленіе в примѣненіи к исторіи права, как скоро оно не захочет поступать *абсолютно*, т. е. не захочет открывать времени, на которое падают отдѣльныя событія исторіи права, а ограничится стремленіем *относительно* открывать их очередь. На трех системах права, которыя мы охарактеризируем позже, так ясно напечатлѣлся их различный возраст и их послѣдовательность, что ни один мыслящій человѣк не потребует еще внѣшняго свидѣтельства. Это положеніе имѣет силу для всякаго, кто может читать письмена подобнаго рода, и относительно различных фазисов развитія отдѣльных институтов. Пусть сравнят напр. различныя формы брака; кто не увидит сразу, что брак с manus древнѣе, чѣм без manus, что заключеніе перваго чрез confarreatio древнѣе, чѣм чрез coemptio? Пусть возьмут далѣе совершеніе завѣщанія в комиціях, чрез aes et libram, преторскую форму завѣщанія; вступленіе в наслѣдство чрез cretio, pro herede gestio; формы обязательства — nexum, stipulatio, заключеніе обязательства простым consens; vindicatio в формѣ legis actio sacramento, sponsio, arbitraria actio; отправленіе уголовнаго правосудія комиціями, quaestiones perpetuae, и отдѣльными судьями; наказанія — sacer esse, изгнанія, осужденія ad bestias, metalla и т. д.; процесс legis actiones, формулярный, судопроизводство extra ordinem; личная экзекуція, bonorum venditio, pignus ex causa judicati captum; legatum, fidei comissum; учрежденіе сервитутов, отпущеніе на волю и т. д. торжественным и неторжественным образом и т. д. Кто нуждается во всѣх этих случаях еще во внѣшнем означеніи очереди различных форм? Как во всем, что возникает и проходит, так и в правѣ, различныя ступени развитія имѣют свой опредѣленный тип и как юноша не может имѣть типа старика, а мужчина типа дитяти,

Digitized by Google

так и правовыя идеи, которыя, как показывает это опыт, принадлежат к извѣстной ступени возраста, как напр. преобладаніе религіи в дѣтском возрастѣ права, не могут отказаться от этой зависимости в каком либо отдѣльном правѣ. Пониманіе наказанія, как средства религіознаго примиренія, как частнаго удовлетворенія, как отправленія карающей власти государства, указывает нам на различныя ступени культуры, очередь которых, гдѣ бы они не находились, по необходимости неизмѣнна. Можно указать извѣстныя всеобщія положенія о старшинствѣ различных правовых образованій, напр., что относительно совершеннѣйшее правовое средство или учрежденіе моложе, чѣм менѣе совершенное, что прямой путь найден позже окольнаго (посредственное достиженіе правоваго дѣйствія посредством мнимых дѣйствій, фикцій и т. д.), что матерьяльное, внѣшнее пониманіе предшествует по времени внутреннему, умственному; грамматическое толкованіе логическому и т. д. Сравнительной юрисруденціи будущаго откроется возможность создать связную теорію ступеней возраста в правѣ вмѣсто таких отрывочных отвлеченій; это составляет одну из задач всеобщей физіологіи права. Для нашей настоящей цѣли нам рѣдко придется прибѣгать к таким всеобщим положеніям, потому что хронологически твердоопредѣленные пункты римскаго права почти всюду представляют нам точку опоры для опредѣленія хронологически сомнительных.

Эти точки опоры вполнѣ неизбѣжны для *абсолютнаго* опредѣленія времени, к которому мы теперь обратимся. Чтобы опредѣлить, какому времени принадлежит какое либо дошедшее до нас без означенія времени правовое образованіе, мы должны знать характер различных времен, их особенности в пониманіи и обработкѣ правоваго матерьяла. Здѣсь то и есть тот пункт, на котором внѣшняя хронологія оказывает нам существенныя услуги. Но мы можем богато отплатить ей за эти услуги двойным образом, во-первых пополняя промежутки, которые она оставляет и во-вторых возводя момент времени, который она выставляет односторонним и чисто-внѣшним образом, к его истинному внутреннему значенію. Обѣ задачи могут быть разрѣшены *одним* путем, но исключительно им одним, а именно указанным выше путем розысканія наслоеній пластов или систем образованія права. Конечно и не прибѣгая к этому пути можно опредѣлить хронологическое мѣсто отдѣльных

Digitized by Google

явленій исторіи права, для которых нѣт означенія времени, по их сходству или родству с другими, хронологически опредѣленными; но это опредѣленіе будет не полно и случайно и устраненія этого характера неполноты и случайности историк права может достигнуть, только руководствуясь своими воззрѣніями на *характер* различных *времен*. Мы с своей стороны требуем только одного: чтобы эти воззрѣнія были высказаны, доказаны, очищены и соединены в одно цѣлое. Как скоро явленіе исторіи права приписывают опредѣленному времени на том основаніи, что оно преслѣдует туже самую тенденцію, как и остальныя явленія того времени, что оно основывается на той же самой идеѣ, то при этом дѣйствуют тѣми же самыми средствами, которыя хотим примѣнять и мы. Но эта операція может привести к успѣшному концу, если предпринимается не только там и сям, гдѣ приведет к этому потребность задачи исторіи права, и если опирается не на отдѣльныя не доказанныя или заранѣе принятыя воззрѣнія, а берет в основаніе *систему* образованія права во всей ея цѣлости. Только в этой цѣлостности системы выступает внутреннее сходство отдѣльнаго, повидимому весьма различнаго матерьяла, только здѣсь пріобрѣтается вѣрный масштаб для обсужденія его возраста. Предположим теперь, что удастся доказать для различных времен существованіе различных систем правообразованія, тогда мы получим возможность с той же увѣренностью, с какой историк литературы или филолог относит предложенное ему сочиненіе к тому или другому времени, дѣлать тоже по крайней мѣрѣ относительно *нѣкоторых* явленій в исторіи права. Подобно ему можно будет и нам сказать: *эта* форма правоваго института подходит только к *этой* системѣ, та к той; *это* нововведеніе могло возникнуть только под вліяніем тенденцій этого опредѣленнаго времени, могло созрѣть только в *этой* атмосферѣ. Конечно, не всегда можем мы говорить с такой непоколебимой увѣренностью, конечно часто мы должны будем заявлять, что многія явленія исторіи права *мыслимы* и *возможны* в различныя времена.

Digitized by Google

План послѣдующаго изложенія.

VI. Мы различаем в исторіи римскаго права три системы. Вторая из них, процвѣтаніе которой совпадает с процвѣтаніем республики, есть по преимуществу римская, заключает в себѣ кульминаціонный пункт римской національности в правѣ. Двѣ другія системы представляют нам конечные пункты, которыми соединяется это право с внѣримской исторіей; именно первая соединяет его с исторіей до Рима, а третья с исторіей послѣ Рима. Первая представляет нам первоначальный оборотный капитал, который Рим получил от исторіи на дорогу, третья — ссуду с богатыми процентами, которую Рим возвратил за это міру.

Первую систему, если мы хотим называть ее так, или исходныя точки своего права Рим находит уже готовой. Первоначальное образованіе ея произошло внѣ историческаго времени, в період первоначальной общности всѣх индогерманских народов. Еще в том видѣ, в каком она является в древнѣйшее римское время, она имѣет несомнѣнное сходство с правом, которое 800—1000 лѣт спустя проявляется у Германцев; [33]) кочующіе Германцы могли еще цѣлое тысячелѣтіе оставаться на этой нисшей ступени, римскій народ скоро оставил ее за собой и в нашей *второй* системѣ, образованіе которой начинается уже со времени царей, дал блестящее доказательство своего дарованія к культурѣ права. Эта система представляет нам прежде всего уничтоженіе состоянія неопредѣленности, состоянія соединенія внутренних противоположностей, которое, как вообще сопровождает каждое начало, так точно опредѣлило и характер древнѣйшаго права. Право и религія, государство и особь обособляются, отдѣляются друг от друга, в отдѣльных частях права широко распространяется разъединительный процесс обособленія и производит здѣсь поодиночкѣ образованія, которыя рѣзкостью своего контраста в формѣ и содержаніи, своими существенными и характеристическими качествами, своей полнотой и послѣдовательностью, короче — своей рѣзковпечатленной индивидуальностью производят впечатлѣніе пластических образов. То, что по-

---

[33]) Доказательство должно пока остаться за мной.

Digitized by Google

является в этой системѣ, сильно, как сами Римляне того времени; ничего нѣт в половину, ничего неопредѣленнаго, ничего составнаго и переходнаго, ничего кроткаго и нѣжнаго, но все, или вполнѣ, или совсѣм не совершено, все ясно до невозможности ошибки, все просто и выработано из одной идеи, но зато эта идея проведена с неумолимой и жестокой послѣдовательностью. Право производит впечатлѣніе величественной по своей геніальной простотѣ машины. Эта машина именно вслѣдствіе своей простоты работает с величайшей *надежностью* и *равномѣрностью*, но горе неосторожному, который не понимает управленія ею и слишком близко к ней подходит; ея желѣзныя колеса раздробляют его. Конечно, эта равномѣрность покоится в тоже время на несовершенствѣ; нѣт никакого снаряда становить машину, она производит постоянно одни и тѣже, в точности похожіе друг на друга предметы, т. е. право не в состояніи принаравливаться к индивидуальным состояніям и потребностям, равенство, к которому оно стремится и котораго достигает, чисто механическое, внѣшнее, то, о котором говорится: Summum jus summa injuria. Право само по себѣ ничего не дѣлает, оно дожидается, пока тот, кто в нем нуждается, приведет его в движеніе, а для этой цѣли необходимо, чтобы послѣдній имѣл потребныя для этого силу и искусство и сам бы *дѣйствовал вмѣстѣ с ним*. Если он это дѣлает, то право с своей стороны обезпечивает ему высшую надежность послѣдствія, ибо послѣдствіе—примѣненіе права можно также легко и опредѣленно вычислить, как математическій примѣр; результат его неопровержим.

Мысль, которой проникнуто все частное право, есть мысль автономіи особи, идея, что индивидуальное право не обязано своим существованіем государству, но существует в силу своего собственнаго полномочія, несет свое оправданіе в самом себѣ. Частно-правовой принцип до того развился в правовых отвлеченіях, что повидимому насмѣхается над государственным принципом и мысль субъективной свободы воли повидимому извратилась до освобожденія от оков чистаго субъективнаго *произвола*. Но примиреніе этого отвлеченнаго субъективнаго своеволія с интересами общежитія и государства, равно как и с нравственностью лежало в *обычаѣ*, в характерѣ народа, в реальной обстановкѣ римской жизни. Никогда не было конечно права, в котором отвлеченное формулированіе того,

Digitized by Google

что могло и *имѣло право* совершаться, так далеко отстояло бы от того, что дѣйствительно *совершалось*. Там, гдѣ твердость и самообладаніе особей, равно как и сила общественнаго мнѣнія не допускают *злоупотребленія* свободой, послѣднюю нѣт необходимости боязливо урѣзывать. Все римское частное право, равно как и государственное этого времени прошло чрез то предположеніе, что обладатель частно-правовой или общественной власти употребит ее достойным образом. Возможность постыднѣйшаго злоупотребленія ею сама по себѣ существует постоянно, во власти должностных лиц напр. заключается возможность остановить государственную машину, умничать над народом и мѣшать ему в отправленіи его верховной власти; во власти отца — умертвить без причины дитя; но римское право исходит из того взгляда, что самые острые ножи — самые лучшіе, что мужам, которые умѣют обращаться с ними, смѣло можно их довѣрить, и не надо тупить их из за возможнаго злоупотребленія. Потому всѣ эти власти не ограничиваются самим правом, но обладателю предоставляется, сообразуясь с потребностями каждаго отдѣльнаго случая, или примѣнять их к дѣлу в их крайней тягости, или из свободнаго самоограниченія наблюдать смягченіе, требуемое справедливостью, цѣлесообразностью, интересом государства и т. д.

Все право было разсчитано на Римлян древняго времени, как относительно власти, которую оно давало, так и относительно заботливости и предусмотрительности, с которой должно было обращаться в области права. Другое поколѣніе, другое настроеніе умов, неопытная рука — и свобода превратилась в разнузданность, обезпеченность права в необезпеченность. С седьмым столѣтіем города наступает эта перемѣна, и по мѣрѣ того, как мѣра *римской* силы уменьшается до размѣра обыкновенной человѣческой, и право приноравливается к этому явленію, оно все болѣе и болѣе покидает свой строго римскій характер и принимает характер всеобщій, космополитическій.

Таким образом достигаем мы *третьей* системы. Вторая, как по своему содержанію, так и по своим формам была разсчитана на Римлян и ими ограничивалась. Для сношенія с иностранцами образовалось мало по малу международное право, не связанное римскими формами, неподверженное ригоризму оцѣпенѣ-

Digitized by Google

лой римской послѣдовательности и односторонности, но зато и не причастное заключенному в римском правѣ изобилію мощи. В этом правѣ безпрепятственно могло показать себя на дѣлѣ болѣе свободное, болѣе духовное пониманіе и обработка права, а в назначеніи его для обращенія во всем мірѣ лежало требованіе для правовѣдѣнія отказаться при его выработкѣ от чисто національных римских особенностей, слѣдовательно прежде всего сознать их. Таким образом это право сдѣлалось *зеркалом самопознанія* для *чисто* римскаго права, и, послѣ того, как начался процесс денаціонализаціи римскаго народа и вслѣдствіи того самого права — образцем и источником для него.

Желѣзная сила воли создала вторую систему, потеря первой привела паденіе второй, в *этом* отношеніи слѣдовательно третья система представляет рѣшительный шаг назад. Но в другом направленіи она представляет нѣчто несравненно болѣе высокое и великое, чѣм простой безцвѣтный и слабый остаток національнаго права; с этой стороны она представляется не ступенью, на которую *спустились* из недостатка силы, но на которую *поднялись*. На мѣсто *нравственных* качеств римскаго народа, которыя были главными факторами во второй системѣ, в третьей системѣ выступают, как их замѣна, самыя высшія умственныя дарованія. На крѣпком, несокрушимом фундаментѣ, унаслѣдованном ею, вывела она образцовое произведеніе юридическаго искусства, подобнаго которому мір не знает, зданіе такой законченности и крѣпости, что почти тысячу лѣт спустя чужіе народы снова отворяют его запертыя двери, чтобы там устроить свои аудиторіи и судилища.

Матерьял для характеристики этой третьей системы тѣснится в таком изобиліи, что невозможно выразить его сущность в немногих чертах, бо̀льшее же совершенно не соотвѣтствовало бы этому мѣсту, гдѣ мы дѣлаем не предварительный конспект наших результатов, а только сообщеніе нашего плана; меньшее же, так как оно дало бы невѣрный образ, было бы скорѣе вредно, чѣм полезно. Назовемъ же заранѣе эту систему супранаціональной или болѣе свободной и предоставим позднѣйшему изложенію показать, в каких пунктах отдаляется эта система от специфически римских идей и в чем выказала себя духовно болѣе свободная обработка.

Digitized by Google

В заключеніе мы дозволим себѣ еще одно замѣчаніе, что хотя мы и имѣем дѣло только с общими характеристическими чертами римскаго права, однако обоснованіе наших мнѣній постоянно дѣлает неизбѣжным разбор конкретнаго историко - правоваго матерьяла. Убѣжденный, что отвлеченныя точки зрѣнія без извѣстнаго матерьяльнаго вѣса не получают настоящей устойчивости, я думал, что в послѣднем отношеніи я должен сдѣлать скорѣе слишком много, чѣм слишком мало.

Digitized by Google

Digitized by Google

КНИГА ПЕРВАЯ.

ИСХОДНЫЯ ТОЧКИ РИМСКАГО ПРАВА.

ВОЗЗРѢНІЯ ПЕРВОБЫТНАГО ВРЕМЕНИ.

Omnes veteres philosophi ad incunabula accedunt, qui in pueritia facillime se arbitrentur naturae voluntatem posse cognoscere.

Digitized by Google

Digitized by Google

ИСХОДНЫЯ ТОЧКИ РИМСКАГО ПРАВА.

Первобытное состояніе.—Сила памяти римскаго народа.—Дополненіе преданія этимологіей и обратными заключеніями из позднѣйшаго права.

Rationem praestat praecipue analogia nonnumquam et etymologia. Quintil. I. O. I 6 § 1.

VII. Первобытное состояніе народов, первыя начала образованія права и государства имѣют чрезвычайно высокій культурно-историческій интерес. Привлекательность, которую они имѣют для историка и которая постоянно притягивает его к ним, несмотря на всю трудность задачи, одинакова с той, которую первое пробужденіе духа в ребенкѣ имѣет для психолога. Обоих приманивает к наблюденію та же перспектива, именно перспектива подслушать творящаго духа вселенной в его мастерской и проникнуть в тайну *творенія*. Но положеніе историка несравненно неблагопріятнѣе, потому что в то время, как психолог ежедневно имѣет это пробужденіе духа пред глазами, пробужденіе всѣх исторических народов происходит в далеком прошлом и матерьял, из котораго историк должен себѣ составить образ исчезнувшаго времени, образуется только из сообщеній весьма обманчиваго и несовершеннаго свойства. Не краткость или продолжительность времени, не ряды столѣтій или тысячелѣтій дѣлают болѣе легким или болѣе трудным это возвращеніе к историческим началам, но по различію народов бо̀льшая или меньшая твердость и вѣрность національной памяти. Как у особей, так и у народов сила памяти весьма различна, особенно когда она имѣет предметом время дѣтства. У нѣкоторых народов образ прошедших дней живет вѣрно и непод-

Digitized by Google

дѣльно; у других напротив неутомимо дѣятельная фантазія тотчас же окрашивает прошедшее блестящими красками и превращает исторію в вымысел; у третьих же наконец ум столь преимущественно обращен на практическія цѣли настоящаго, что в давкѣ дѣятельной жизни свѣденія о вымершем состояніи быстро улетучиваются.

Какова была національная сила памяти римскаго народа? Римляне цѣпко держались старины, и воспоминаніе о великих дѣлах никогда у них не пропадало, два обстоятельства однако были причиной, что обстоятельства их дѣтства лишь слабо жили в их памяти [1]). Во-первых вся их дѣятельность впродолженіи цѣлых столѣтій уходила на практическія цѣли настоящаго. С этим без сомнѣнія примирялось высокое почтеніе к обычному; что жило, пользовалось самым крѣпким здоровьем до глубокой старости, но что раз *вполнѣ* вымирало из жизни, то скоро забывалось [1]а). И при имѣвших еще силу институтах мало имѣли обыкновенія изслѣдовать их историческое происхожденіе и развитіе. Вторая причина лежит в характерѣ древнѣйшей римской исторіи. Если время дѣтства народа протекает в идиллической тишинѣ и равномѣрности, то воспоминаніе еще долго может сохранить, как и у особи в подобном случаѣ, вѣрный, хотя немного и идеализированный его образ. Совершенно наоборот бывает, если это время пробѣгает в непостоянных, перемѣнных стремленіях, во внутренних и внѣшних битвах, если *одно* впечатлѣніе вытѣсняет другое и если к тому же само народонаселеніе еще не достигло плотной крѣпости и единства, а непрерывно измѣняется, как вслѣдствіи постоянно новых притоков извнѣ, так и вслѣдствіи волненія и броженія его различных

---

[1]) *Хупке*, в предисловіи к своей Verfassung des Servius Tullius, S. VII u. fl. получает другой результат. В его глазах римскій народ обладал: схватывающей силой и могуществом народнаго духа, которое постоянно сохраняет и отдаленнѣйшія времена его дѣтства в единствѣ наличнаго сознанія, почему его так и прославляют или порицают за то, что онъ держался старины».

[1]а) Из юристов, смотри напр. Gellius 16, 10 §. 7, 8. Существенное участіе в этом принимал язык. «Торговый трактат с Карѳагеном перваго года республики три с половиной вѣка спустя во время Полибія могли читать только с большим трудом, он не мог быть вполнѣ разобран даже самыми учеными Римлянами, а саліарическія пѣсни впослѣдствіи едва ли понимались даже самими жрецами». *Schwegler*, Röm. Geschichte I S. 566.

Digitized by Google

пластов. А именно в таких обстоятельствах и протекала древняя исторія Рима. Внутренняя и внѣшняя борьба, противоположности в происхожденіи, правѣ и стремленіях отмѣчают уже первый лист этой исторіи, и цѣлыя столѣтія проходят, пока элементы римскаго народа сплавляются в единство *одного* субъекта. Для *этого* субъекта тот період процесса образованія есть нѣкоторым образом старина, которой он сам не прожил и которую признает для себя чуждой. Римскому народу времен республики все время царей являлось в обезображенном видѣ и только республика обозначала в его глазах начало новой эры, со времени которой существует он и его свобода. Отношеніе позднѣйших столѣтій ко времени царей можно отчасти сравнить с отношеніем протестантизма к его предшественнику — средневѣковому католичеству. Массѣ протестантов средневѣковой католицизм будет всегда казаться чѣм то чуждым, не имѣющим к ней никакого отношенія; их вѣроисповѣдный интерес и память начинаются только с реформаціи.

Итак, свѣденія позднѣйшаго времени о первобытном состояніи Рима [1b]) весьма скудны, и кромѣ того многія из этих скудных сообщеній носят на себѣ явные слѣды вымысла или уродливаго пониманія. Новѣйшая историческая критика показала это самым наглядным образом, и в тоже время привела доказательство, что всетаки можно достигнуть прочных положительных результатов, которые не давались римским исторіографам. Хотя историческаго матерьяла, находящагося во владѣніи нашей теперешней науки, несравненно меньше, чѣм у римских исторіографов, зато метод пользованія им сдѣлался другим, историческій взгляд во многих случая сдѣлался проницательнѣе.

Основываясь относительно того, что касается до древнѣйшей исторіи Рима, на этих положительных результатах нынѣшней науки, мы ограничим наше собственное изслѣдованіе только *правом* древнѣйшаго времени. Я охотно соглашаюсь, что многія из мнѣній, к которым оно нас приведет, имѣют достоинство лишь болѣе или менѣе правдоподобных догадок и что недовѣріе тут во всяком случаѣ болѣе у мѣста, чѣм легковѣріе. Однако с другой стороны я вполнѣ убѣжден в возможности самостоятельно относящагося к пониманію Римлян

[1b]) Смотри об этом мнѣнія Livius 6, 1.

Digitized by Google

изслѣдованія. Это убѣжденіе касается особенно таких правовых воззрѣній первобытнаго времени, которыми мы можем овладѣть с помощью этимологіи. Этимологія есть один из краснорѣчивѣйших и достовѣрнѣйших источников для первоначальных воззрѣній народов; что в жизни давно вымерло, что вполнѣ исчезло из памяти народа, то сохраняет еще этимологія для любознательности грядущих времен. Она есть изображеніе первобытнаго состоянія в гіероглифических письменах, ключ к которым найдется быть может лишь нѣсколько тысячелѣтій спустя. Римляне не съумѣли открыть историческаго сокровища, которое сохранялось в их языкѣ, не съумѣли отгадать таинственных письмен, в которых говорил к ним образ мыслей и чувствованій их предков, между тѣм как теперь доступ к этому сокровищу стоит *для нас* открытым. Главнѣйшим образом пробужденіе занятія санскритой и опирающагося на это основаніе сравненія языков доставило направленным на спеціальный язык этимологическим изслѣдованіям дѣйствительное плодородіе и надежность и открывает всѣм историческим наукам перспективу, о которой прежде не имѣли никакого предчувствія. И исторія права получит в этом свою долю и уже теперь, несмотря на относительно весьма короткую продолжительность этого изученія, возможно употребить нѣкоторые плоды его для нашей спеціальной цѣли.

Другой пункт, в котором превосходство нашей теперешней науки над Римлянами точно также несомнѣнно, касается самого права; это есть смысл для его *историческаго* развитія, знаніе форм его проявленія, его исторической природы и т. д. Как ни велики были римскіе юристы, как догматики, однако они совсѣм не обладали смыслом для историческаго развитія права. Но если Римляне упустили воспользоваться историко-правовым матерьялом, который они нам сообщают, то мы можем наверстать упущенное и имѣем право питать упованіе, что заботливое наблюденіе даже при скудости матерьяла доставит нам новыя открытія. Так и позднѣйшее римское право может быть нам полезно для изученія древнѣйшаго. Как в языкѣ, так и в правѣ нерѣдко звучат отголоски прошедшаго, которое давно исчезло из памяти народа [2]).

---

[2]) Удивительно, как долго могут удерживаться извѣстные обычаи, символическія дѣйствія и т. д., послѣ того, как потеряли свое собственное значеніе.

Digitized by Google

Точно также и в римском правѣ времен республики удержались отдѣльные слѣды, очевидно вышедшіе из совсѣм других воззрѣній, чѣм тѣ, которым право республики обязано своим происхожденіем, и указывающіе, как отдѣльные сохранившіеся пункты окружности, на опредѣленный центр общаго пониманія права. Если эти признаки будут подкрѣплены указаніями, доставляемыми нам в том же направленіи этимологіей, если тѣ и другія приведут нас наконец к исходным точкам права, которыя, как извѣстно, повторяются болѣе или менѣе и в других мѣстах и которыя представляются всеобщему разсмотрѣнію относительно необходимыми, тогда мы можем слѣдовать этим слѣдам с нѣкоторой увѣренностью и можем отважиться на утвержденіе, что: из этих исходных точек развилось римское право, эта первоначальная система правоваго воззрѣнія *однажды* существовала, хотя бы римскій народ историческаго времени ея болѣе не помнил. Когда, гдѣ и как долго существовала она, этого конечно нѣт возможности сказать, но пусть удовольствуются знаніем, что римское право поднялось с этого основанія.

В предлежащей первой книгѣ мы

1) подвергнем критикѣ (§ 8) возникновеніе римскаго права по преданію, римскую космогонію права; потом

2) постараемся открыть воззрѣнія первобытнаго времени, слѣдовательно исходныя точки и первоначальные элементы этого права (§ 9—19) и

3) попытаемся опредѣлить отношеніе римскаго духа к этим найденным исходным точкам (§ 20, 21).

Напр. несомнѣнно, что у нас еще в настоящее время продолжаются многіе обычаи, которые ведут свое происхожденіе из времен язычества и даже указывают посредством своих основных, первоначальных идей на прежнюю общность индогерманских народов. См. напр. сочиненіе *Куна* о Воданѣ в Zeitschrift für deutsches Alterthum von Haupt, B. 5, S. 472.

Digitized by Google

Римская космогонія права. — Характеристичное в ней для римскаго образа мыслей.

VIII. Начало Рима по преданію есть состояніе необузданности и беззаконія. Основатели Рима — разбойники и искатели приключеній, которые или прогнаны своими, или покинули их из любви к необузданной жизни, оставив дома богов и семейства и не принеся с собой ничего, кромѣ своей руки и своего меча. Они представляют скопище индивидуумов, атомов, ничѣм не соединенных, кромѣ своего неукротимаго духа и общей цѣли грабежа. Даже женщин не приводят они с собой, и сосѣдніе народы, которым они кажутся какими то отверженцами, отвергают с насмѣшкой и негодованіем требованіе дать им в супружество своих дочерей. Но то, чего им не дают, они берут сами. Они приглашают своих сосѣдей на праздник игр, нападают на гостей, оскорбленіе которых по понятіям древности было одним из самых злодѣйских преступленій и похищают у них дочерей. Их предводитель Ромул, котораго преданіе причисляет к богам, дает им хорошій примѣр: братоубійство доставляет ему единовластіе. Преданіе нисколько, кажется, не смущено этим; злодѣяніе, можно сказать, идет еще в счет первоначальнаго состоянія необузданности и произвола. Этому состоянію полагает конец сам Ромул.

Как единственныя средства, соединяющія необузданную толпу, порядок и право возводятся во власть [3]), а для защиты этой власти учреждается царское достоинство, которое Ромул для этой цѣли окружает [4]) внѣшним блеском и почетом. Вслѣд за учрежденіем государства слѣдует за похищеніем Сабинянок учрежденіе домашняго устройства и семьи.

---

[3]) Liv. 1, 8..... multitudine, quae coalescere in populi unius corpus nulla repraeterquam legibus poterat.

[4]) Liv. ibid... jura, quae ita sancta... fore ratus, si se ipse venerabilem insignibus imperii fecisset, quum cetero habitu se augustiorem tum maxime lictoribus duodecim sumtis fecit. В своем взглядѣ на время царей в Lib. 2, 1 Ливій опредѣляет царскую власть как подпору или жизненный принцип древнѣйшаго государства и спрашивает, чтобы вышло из Рима, если бы эта толпа искателей приключеній не обуздывалась страхом пред царем.

Digitized by Google

По учрежденіи семейства и государства пришла очередь и религіи. Хотя Ромул уже подумывал о богах, но его главная дѣятельность была обращена на государство. Его пріемник Нума, котораго, по преданію, возвела на престол слава его богобоязненности и справедливости, является представителем религіознаго принципа. Но он не ограничивает своей заботы чисто богослужебной стороной, введеніем новых богов и приведеніем в порядок богослуженія, его намѣреніем было также «город, основанный силой и оружіем, снова основать законом и обычаем [5])», и он привел это намѣреніе в исполненіе тѣм, что давал религіозное освященіе и своим свѣтским учрежденіям, приписывая их наравнѣ с религіозными внушеніям нимфы Егеріи.

Оставалось еще международное право и представителем этой стороны права называет Ливій четвертаго царя Анка Марція [6]). Замѣчательно при этом то, что преданіе, разсказывающее о возникновеніи всего остальнаго в самом Римѣ, признает здѣсь заимствованіе у чужаго народа.

Вот в немногих чертах исторія возникновенія права в том видѣ, в каком она казалась *естественной* римскому народу позднѣйшаго времени. Ибо в настоящее время не надо уже болѣе напоминать, что каждое преданіе содержит выраженіе народнаго образа мыслей, что оно, хотя бы всѣ факты, им сообщаемые, и были неисторич-

---

[5]) Liv. 1, 19.

[6]) Liv. 1, 32. Ut tamen, quoniam Numa in pace religiones instituisset, a se bellicae ceremoniae proderentur, nec gererentur solum, sed etiam indicerentur bella aliquo ritu, jus ab antiqua gente Aequicolis, quod nunc fetiales habent, descripsit, quo res repetuntur.

«Но это не было повсюду распространенным преданіем, сам Ливій противорѣчит себѣ, изобразив (I, 24) феціалов в международноправовой дѣятельности еще при Туллѣ Гостиліѣ и от этого же царя ведет и Цицерон начало международнаго права, между тѣм, как Діонисій приписывает учрежденіе коллегіи феціалов Нумѣ Помпилію. Эти измѣненія преданія..... во всяком случаѣ уполномочивают на заключеніе, что международное право в развитіи римскаго правоваго сознанія позже всего достигло признанія. По смыслу самая вѣрная форма преданія есть без сомнѣнія та, которой слѣдует Цицерон.» Так говорит *Ланге* в рецензіи на первое изданіе этого сочиненія в «N. Jahrb. für Phil. u. Pädag.» B. 67, S. 38.

Digitized by Google

скіе, всетаки имѣет психологическую правду и полно значенія для всего образа мыслей и чувств народа. В этом отношеніи и римское преданіе весьма характеристично, что может быть показано на нѣсколькихъ чертах.

Обыкновенно миѳ любит переносить образованія относительно позднѣйшаго времени в далекую старину, в темную, неизвѣстную даль, любит выставлять твореніе рук человѣческих, естественное произведеніе отечественной исторіи подарком богов, любит называть древнѣйшее время золотым вѣком, когда боги странствовали еще между людьми. Обо всем этом в римском преданіи нѣт ни слова. Всѣм, чѣм Рим является, что он пріобрѣтает и производит, он обязан самому себѣ и своей силѣ; все творится и организуется, во всем есть сообразность с планом, намѣреніе, разсчет. Ничто не образуется само собой, даже роды, которые все же суть непосредственный продукт природнаго роста семейств (§ 14), даже право, которое однако бо̀льшею частью выходит из обычая. Ничто не заимствуется извнѣ за исключеніем международнаго права; государство, право, религію, все производит Рим из самого себя.

Вот слѣдовательно основная черта римскаго воззрѣнія: Рим ничего не заимствовал извнѣ, а тѣм, что образовалось в Римѣ, обязан Рим самому себѣ, все это вызвано к жизни *сознательно* и с *намѣреніем*. Ученіе о так называемом естественном, т. е. безсознательном, как бы происходящем во снѣ, ростѣ права у сильных, дѣятельных Римлян никогда не находило сочувствія [7]).

Таким образом исторія должна начинать в Римѣ нѣкоторым образом съизнова, должна пройти с самаго начала длинный путь от природной дикости до государственнаго состоянія, от атомистическаго скопленія индивидуумов друг подлѣ друга до образованія народа и государства, до образованности и религіи. Рим получает в приданое только мужей с мощной рукой, стоящих на начальной ступени исторіи, потерпѣвших кораблекрушеніе, которые выкинуты на землю в нравственном отношеніи нагими. Они не имѣют прошедшаго, не принадлежат к одному народу, но сбѣжались с разных

---

[7]) Для позднѣйшаго времени см. § 25 (Изданіе 2, стр. 36).

Digitized by Google

концев земли, не приносят с собой ни общаго права, ни общих богов, ни страха перед всѣм тѣм, что дорого и свято для тогдашних народов и потому третируются послѣдними, как поддонки человѣчества.

Итак первая сцена в этой космогоніи римскаго міра есть абсолютно первая ступень, с которой исторія вообще начинает: господство произвола и силы.

Потом, как вторая сцена, слѣдует возникновеніе общества, союз для разбойничих цѣлей, поддерживаемый силою и военной дисциплиной, но всетаки представляющій уже начало государства. К этому присоединяется семейство, укрѣпленіе царской власти и союз с другим народом.

Только теперь появляется с Нумой религія и нравственность. Покой извнѣ обезпечен, внутри даны условія устроенной внѣшней жизни, дикая сила на подвиги может оставаться праздной, пришло время, когда может начаться нравственное воспитаніе народа. Хотя при Туллѣ Гостиліѣ еще раз пробуждается вновь старая дикость, но она обращается наружу и его пріемник, представитель международнаго права, дает ей законныя формы, международноправовыя границы, и умѣет снова оживить дух времени Нумы.

Этим заканчивается исторія созиданія римскаго міра, ибо происходящее послѣ касается только перемѣн уже существующаго. Она имѣет извѣстное сходство с вѣтхозавѣтной космогоніей в том, что в *короткое* время производит из *ничего* или из *хаоса* цѣлый мір, и также, как в тѣ библейскіе дни творенія, вызывает к существованію его отдѣльныя части *одну за другой и раздѣльно*. Очередь имѣет нѣчто характеристичное. Совершенно в порядкѣ вещей, что начинается хаосом, этим состояніем индивидуальных стремленій и произвола, заканчивается международным правом. Но замѣчательно, что религія появляется лишь послѣ права, историческій порядок здѣсь прямо противуположен — сообразно с ним право *первоначально* имѣет религіозный характер и только впослѣдствіи принимает свѣтскій. Это явленіе уже отмѣчено другими [8]), как нѣчто замѣ-

[8]) Напр. *Hegel*, Philosophie der Geschichte S. 361: «Эта черта весьма замѣчательна тѣм, что религія выступает позднѣе государственнаго союза, между тѣм как у других народов появляются религіозныя преданія уже в древнѣйшія времена и раньше всѣх гражданских учрежденій.»

Digitized by Google

чательное; я склонен разсматривать его как выраженіе римскаго образа мыслей, по которому государство занимает первое мѣсто, а религія второе.

Уже одно это измѣненіе порядка, по всѣм историческим свѣдѣніям несомнѣнно постояннаго, показывает, что в исторіи образованія римскаго нравственнаго міра есть нѣчто дѣланное, и совершенно такое же заключеніе можно вывести из других основаній. Извѣстныя изслѣдованія Нибура избавляют нас от труда входить в подробности, здѣсь достаточно обратить вниманіе вообще на внутреннюю неправдоподобность римскаго преданія. Выходя из стремленія сдѣлать происхожденіе Рима как можно болѣе незначительным, чтобы позднѣйшее величіе его представило тѣм почетнѣйшій контраст, преданіе представляет нам первоначальное населеніе ни чѣм несоединенной массой отдѣльных особей и дает послѣдним нравственное снабженіе «первых людей». Развѣ это однако мыслимо? Развѣ каждый, кто участвовал в построеніи Рима, не принадлежал уже к устроенному обществу, развѣ он уже не принес оттуда *историческаго* снабженія; или он мог отбросить от себя своих богов, свои правовыя понятія, все свое нравственное развитіе и снова обратиться в дикаго звѣря? И среди этих убійц и разбойников должно было в самое короткое время образоваться право или, еще лучше, Ромул должен был по своему произволу *сотворить* право, которое однако тотчас же выказало, несмотря на различный состав населенія и на его необузданность, могущество и вліяніе родоваго, наслѣдственнаго права? Гегель, в остальном мѣтко схватившій существо римскаго духа, без всякаго сомнѣнія рѣшился на это предположеніе. Он говорит, что «дух строгой законности Римлян возник из их происхожденія из перваго разбойничьяго общества», ибо «это основаніе государства непосредственно вело за собой суровѣйшую дисциплину и пожертвованія для цѣли союза». Рим для него есть «нѣчто с самаго начала дѣланное, насильственное, не первоначальное», и римская жизнь берет свое начало «в одичавшей грубости, исключающей чувства естественной нравственности» [9]). Он говорит, что право, сообразно с этим, было нѣкоторым образом уздой, налагаемой на дикаго,

[9]) Смотри *Hegels* Philos. der Geschichte, S. 344, 346, 348, 351.

Digitized by Google

неукротимаго звѣря, а не чѣм либо свойственным самому субъекту, государство же было клѣткой, из которой выпускался звѣрь только для того, чтобы под надзором своего укротителя свирѣпствовать и грабить у сосѣдей. Не отвергая в этом пониманіи извѣстной доли правды, к которой мы позже вернемся, — именно зависимости чувства строгой законности от военной дисциплины — мы всетаки должны рѣшительно возстать против принятаго в угоду преданію возникновенія права и государства из нравственнаго болота. Римское преданіе хочет приписать Римлянам славу, что они начали ни с чѣм и все произвели из самих себя; потому при началѣ римской исторіи не существует ни національности, ни религіи, ни права. Настоящее же положеніе дѣла заключается в том, что все это существовало уже до Рима, что основателей Рима можно отчасти сравнить с переселенцами, которые являются в каком либо другом мѣстѣ продолжателями общества, в котором они находились уже у себя дома и приносят с собой в свое новое мѣстожительство свои семейства и свое имущество, свою религію и свои учрежденія. Пусть пришло бы в Рим еще столько же отдѣльных индивидуумов, пусть и вправду Рим был убѣжищем, к которому прибѣгали преступники из дальних краев; во всяком случаѣ существовало твердое ядро населенія, существовал ствол, к которому примыкали эти атомистическія составныя части и с которым онѣ ассимилировались. Это ядро было подпорой унаслѣдованных учрежденій, оно обезпечивало государству и его установленіям крѣпость, которой они пользовались тотчас с самаго начала. Образованіе римскаго права и государства является слѣдовательно, говоря техническим языком, не *первичным*, а *вторичным*, т. е. оно происходит из средств и на основаніи уже существующих образованій, Рим приносит с собой с самаго начала историческое приданое. В его правѣ, в его языкѣ встрѣчаются воспоминанія далеко за Рим простирающейся старины, находятся, сказал бы я, слѣды додилувіальной формаціи, слѣды развитія права, начало и продолженіе котораго протекли задолго до Рима и результаты котораго представляют основаніе, на котором Рим строит дальше. Мы намѣрены теперь опредѣлить это историческое приданое, полученное Римом при его вступленіи в мір, намѣрены попытаться открыть путь, который прошло развитіе права прежде, чѣм достигло Рима. Если

Digitized by Google

воспоминаніе об этом и потерялось в памяти народа, всетаки в духовном имуществѣ позднѣйшаго времени, как в правѣ, так и в языкѣ, находятся еще, как это уже было показано в предъидущих параграфах, остатки того прежняго времени. И мы, подобно преданію, возвратимся к первым началам права и пойдем с этим преданіем одинаковым шагом, поставив на мѣсто тѣх четырех фазисов в исторіи образованія права, о которых оно говорит: догосударственнаго стремленія индивидуумов, образованія государства, появленія религіи, принятія международнаго права, три принципа, именно принцип субъективнаго права, соотвѣтствующій первому фазису, принцип семейства и военнаго устройства с его государственнообразующей силой, соотвѣтствующій второму и четвертому и наконец религіозный принцип, который соотвѣтствует третьему фазису.

ИСХОДНЫЯ ТОЧКИ ИЛИ ПЕРВОНАЧАЛЬНЫЯ ВОЗЗРѢНІЯ И ПЕРВОНАЧАЛЬНЫЕ ЭЛЕМЕНТЫ РИМСКАГО ПРАВА.

Минимум исторических начал.

> Justitiae initium est ab natura profectum, deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt. postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit.
>
> Cic. de invent. III, 53.

IX. Глубока, безконечно глубока пропасть, отдѣляющая нас с нашим новым пониманіем права от тѣх первых начал образованія права и государства, к которым мы теперь восходим. Не о разстояніи во времени говорю я, хотя и оно громадно, так как тѣ первыя начала были положены задолго до Рима, а о

Digitized by Google

противоположности в правовом воззрѣніи, а эта противоположность так значительна, что нам стоит много труда вполнѣ вдуматься в правовое воззрѣніе дѣтскаго возраста права и находить его понятным и естественным. Уж слишком легко забываем мы, что то, что нам с точки зрѣнія нынѣшняго времени кажется *естественным* и *разумным*, есть продукт долгаго и труднаго процесса. Без знанія исторіи мы не знали бы, что правовыя воззрѣнія, которыя неисторическое изслѣдованіе, наивное сужденіе так охотно признают за вѣчное владѣніе человѣческаго разума, на дѣлѣ являются результатами этого процесса. И это именно тѣ, которыя в настоящее время сдѣлались общим достояніем всѣх цивилизованных народов и вошли в жизнь как образованных, так и необразованных классов общества. То, что человѣк, как таковой, не только гражданин, есть субъект права, то, что военный плѣн не обусловливает рабства, то, что самоуправство противорѣчит правовому порядку, то, что государство есть нѣчто другое, высшее, чѣм сумма индивидуумов, что оно имѣет другія задачи и другія средства, чѣм какія приличны послѣдним, но что прежде всего оно имѣет *задачу* осуществлять право и справедливость до возможных предѣлов, всѣ эти положенія в такой степени усвоены нашим теперешним пониманіем, что мы едва в состояніи понять, как когда либо было возможно отступленіе от них. Но в том то и обнаруживается так ясно исполинскій успѣх исторіи, что самыя богатыя послѣдствіями истины, до которых в прежнее время едва поднимался самый смѣлый полет выдающихся умов, из той, сказал бы я, снѣговой и ледяной области, в которой они лежали недоступными и скрытыми цѣлыя тысячелѣтія, скатились в глубочайшія низменности и в такой мѣрѣ сдѣлались общим достояніем образованных и необразованных, что никто даже не находит в них ничего особеннаго. Чтобы найти эти простыя истины и провести их в жизнь потребна была болѣе ужасная борьба человѣческаго духа, болѣе тяжелыя его усилія, чѣм каких стоили ему всѣ открытія и изобрѣтенія до настоящаго времени. Идею, что человѣк свободен, труднѣе было найти, чѣм ту, что земля движется вокруг солнца, для первой нельзя назвать никакого Коперника. Не то, чтобы исторія забыла его имя; нѣт, но великія нравственныя открытія не даются отдѣльному уму, они являются медленно зрѣющим пло-

Digitized by Google

дом жизни и мысли всѣх народов. Если бы захотѣли сопоставить всѣ преимущества, которыя имѣет наше настоящее время перед культурой древняго міра, то эти простыя истины заслуживали бы в моих глазах перваго мѣста. Всѣ сокровища науки не могут даже сравниться с цѣною этих истин, привитых народу, потому непреходящих и видоизмѣняющих жизнь. Наука может подниматься и падать и вмѣстѣ с ней теряются сокровища, которыя она собрала, но эти истины остаются непреходящею собственностью человѣчества. Вышеупомянутое положеніе, что человѣк, как таковой, свободен — положеніе, до котораго римск. право *практически* никогда не поднималось — имѣет для человѣчества больше значенія, чѣм всѣ тріумфы промышленности, и это одно положеніе составляет такой успѣх нынѣшняго права в сравненіи с римским, пред которым превосходство послѣдняго по его технической законченности совершенно уходит в тѣнь. Прежде, чѣм исторія осуществила это положеніе, она должна была работать цѣлыя тысячелѣтія, милліоны людей должны были стонать в рабствѣ, должны были, как еще в недавнем прошлом в Сѣверной Америкѣ, литься потоки крови.

Исторія начинает с безконечно слабых зародышей. Образованію государства предшествовало общежитіе индивидуумов, союз их в формѣ семейства или рода, к которым не может быть примѣнено названіе государства. И все-таки это общежитіе, без сомнѣнія, было зародышем позднѣйшаго государства и права, и государство должно было, так как исторія, подобно природѣ, не знает скачков, постепенно из него развиваться. Как совершилось это? Нынѣшняя наука возбраняет нам, как кажется, этот вопрос, так как только с государством начинаются для нея право и исторія. Сообразно с ея мнѣніем, мы должны были бы принять римское государство и римское право, как совершившіеся факты, и не имѣли бы надобности или, вѣрнѣе, не смѣли бы предложить *того* вопроса, как развились они из того зародыша. И конечно: если бы на этот вопрос можно было отвѣтить только с помощью смѣлых предположеній, если бы не было и слѣдов той дороги, которую прошла исторія, чтобы от индивидуума и семейства достигнуть государства, тогда бы возбраненіе этого вопроса было бы вполнѣ оправдано. Но если в дѣйствительности совершенно противное — и я думаю,

Digitized by Google

что относительно римскаго права это так — зачѣм выступать на встрѣчу любознательности с такой аксіомой, почему не воспользоваться случаем изучить *корни* дерева, которые обнажил счастливый случай. Еслибы право и государство не в индивидуумѣ имѣли свое внутреннее основаніе, еслибы каждое догосударственное общеніе семейств и родов не заключало бы в себѣ право — и государственнообразующей силы: откуда же пришло в мір право и государство? Если, слѣдовательно, мы можем как нибудь распознать это происхожденіе права и государства из этого общенія: зачѣм закрывать наши глаза? А гдѣ мы уже не можем болѣе распознать этого: почему там не увѣриться, насколько государство и право уже отдалились от той точки исхода? Я полагаю, что каждая исторія права должна бы начинать с попытки увѣриться в этом разстояніи и прослѣдить линію соединенія между государством и правом, как они впервые попадаются ей в исторіи, с одной стороны и индивидуумом или общеніем индивидуумов с другой; приступать к дѣлу не с той идеей, что только *готовое* государство может ее интересовать, а с той, что когда то совсѣм не существовало государства.

С этой идеей намѣрены мы приступить к нашей задачѣ, намѣрены слѣдовательно попытаться узнать по отношенію к древнѣйшему римскому государству и праву, как далеко уже отдалились они от этой абсолютной исходной точки исторіи — индивидуума или общенія индивидуумов, и в каких мѣстах исторически извѣстное состояніе еще носит на себѣ слѣды этой исходной точки. Пусть ошибки будут при этом неизбѣжны; я считаю болѣе вѣрным и назидательным исходить из предположенія, что *исторія начала с безконечно малаго*, и сообразно с этим сдѣлать попытку связать с нравственным минимумом первыя образованія, которыя она открывает нашим глазам, чѣм успокоится на данном фактѣ государства и права и под вліяніем зрѣлаго правоваго и государственнаго устройства преувеличивать цѣну истиннаго содержанія тѣх образованій — ошибка, провиняться в которой перед древнѣйшим римским правом допускали себя многократно.

Матерьял, предлагаемый нам исторіей по отношенію к древнѣйшему римскому праву, я располагаю по трем точкам зрѣнія или по трем принципам, и попытаюсь дать отчет в том, какую долю внес каждый из них на построеніе римскаго нравственнаго міра.

Digitized by Google

Это суть тѣже, уже упомянутые в предъидущих параграфах принципы, а именно:

I. Принцип *субъективной воли*, основывающійся на той идеѣ, что индивидуум заключает основаніе своего права в себѣ самом, в своем чувствѣ права и в своей энергіи и силѣ и что относительно осуществленія его права ему указано на него самого и на его собственную силу.

II. *Государственнообразующій* принцип и как слѣдствія его — общество на основаніи *семейнаго союза* и вліяніе *военнаго устройства* на общество.

III. *Религіозный* принцип с его вліяніем на право и государство.

Эти три принципа слѣдуют относительно их нравственной постепенности в здѣсь выбранной очереди; *соотвѣтствующая очередь их во времени этим нисколько не предрѣшается* [9a]). Все-таки в интересѣ болѣе легкаго пониманія круга дѣятельности каждаго из этих трех элементарных факторов можно при разсматриваніи уединить их таким образом, как будто они выступили *один за другим*, так сказать, дать им возможность показать, как бы далеко могли они завести одни, сами по себѣ, и гдѣ посему лежит точка, на которой исчерпывается нисшая и замѣняет ее высшая идея.

[9a]) Я счел нужным сдѣлать особенное удареніе на этом замѣчаніи, так как на него не обратили вниманія при обсужденіи послѣдующей попытки, так напр. *Walter*, Röm. Rechts-G. Aufl. 3, I § 18 Anm. 1.

Digitized by Google

I. Принципъ субъективной воли — первоначальный источник римскаго частнаго права.

А. УСТАНОВЛЕНІЕ ПРАВ ЛИЧНОЙ ДѢЯТЕЛЬНОЙ СИЛОЙ И ЭНЕРГІЕЙ.

Дѣятельная субъективная воля в ея направленіи на установленіе права. — Право добычи. — Пристрастіе римскаго права к непосредственным способам пріобрѣтенія.

Se in armis jus ferre et omnia fortium virorum esse.

Liv. V, 36.

X. Гдѣ могло бы существовать право, которое бы вышло не из дѣятельной силы и энергіи индивидуумов и начала котораго не терялись бы в темной глубинѣ физической силы. Но у многих народов этот період энергіи и дѣятельной силы и насильственнаго образованія права вполнѣ исчез из національной памяти и их преданіе не может ничего сообщить о предках народа, которые основывали мір права силою руки, а разсказывает только о богах или служителях бога, которые подарили право людям или наложили его на них, как свое постановленіе. Человѣческій пот и человѣческая кровь, приставшіе к началу права, скрываются сіяніем божественнаго происхожденія.

Другое дѣло в римском правѣ; никакое время не могло уничтожить тѣх пятен пота и крови человѣческой работы, которыя его покрыли; положеніе, что личная дѣятельная сила и энергія есть источник права, является одним из начальных історіи римскаго права.

Личная дѣятельная сила и энергія источник права — для нас почти что непонятная вещь! Привыкши все предоставлять государству, опредѣлять право, как волю государства и оставлять ему его осуществленіе, мы почти что не знаем в правѣ личной дѣятельной силы и энергіи, а гдѣ она захочет осуществиться без уполномоченія со стороны государства, там грозим мы ей наказа-

Digitized by Google

ніем и преслѣдуем ее, как нарушеніе правоваго порядка. Но как велико в наших глазах разстояніе между силой и правом, так же далеко отстоит наше теперешнее пониманіе этих двух понятій от древнеримскаго, и мы должны оставить дома весь наш теперешній образ представленія о государствѣ и правовом порядкѣ, когда вступаем на древнеримскую почву.

Но справедливо ли на самом дѣлѣ наше строгое различеніе права и силы, нѣт ли и в настоящее время областей, гдѣ они оба идут рука об руку? В мелких предѣлах гражданской жизни мы объявили насилію войну и если оно в наши дни только боязливо крадучись смѣет еще здѣсь показываться, то мы и не подозрѣваем, что когда то ему принадлежало в этой области самое широкое господство. Но вытѣсненное из этих низменностей частной жизни, спасается насиліе бѣгством на тѣ высоты, на которых работает всемірная исторія. Когда угнетенный народ избавляется от своего тирана, когда государственная власть свергает с себя иго вреднаго устройства, наложенное на нее в состояніи высшаго изнеможенія неразумной массой, когда меч завоевателя разбивает в дребезги гнилое государство и предписывает законы побѣжденному народу — что отвѣчает на это наша теорія права и насилія? Она признает перемѣну совершившимся фактом, спасительным дѣлом, т. е. не может избѣгнуть признанія, что всетаки дѣятельная сила и энергія как таковая, может уничтожать и творить право. Исторія съ ея гигантскими, дѣйствующими на подобіе сил природы, силами не позволяет оковать себя нашей теоретической паутиной; как скоро она дѣлается неспокойной, она разрывает эту паутину одним ударом во всѣх мѣстах и оставляет теоріи труд связать ее снова в согласіи с измѣненным видом міра.

Что же теперь? Если мы еще в наше время видим, что дѣятельная сила и энергія производит право, откуда же иначе должно было происходить право в началѣ исторіи? Но мы не должны на основаніи этого смѣшивать их в одно, мы не можем сказать, что *вмѣсто* права владычествовала сила. И право было там, хотя в совсѣм другом родѣ, чѣм в настоящее время; именно не как объективная сила, сама собой осуществляющаяся, но как внутренняя, как субъективное чувство права. На то, что дѣятельная сила и энергія творила, что она пріобрѣтала и завоевывала, чувство права

Digitized by Google

налагало свою печать, дѣлало это частью самой личности и удвоивало этим силу, с которой оно защищалось. Первое начало чувства права есть чувство *собственнаго* уполномоченія, основанное на выказываніи собственной силы и направленное на удержаніе ея плодов. То, что человѣк пріобрѣл потом и кровью, он хочет удержать за собой. Это чувство теоретически вызывает конечно и признаніе чужаго права, но практически развивается уваженіе к праву других лишь только мало по малу и с большим трудом. Первоначально ограничено оно тѣсным кругом товарищей; кто стоит внѣ этого круга безправен, против него можно дать вполнѣ свободный ход насилію, превосходство силы обусловливает право. И против товарищей дозволена сила, какъ скоро они оскорбляют имущество или личность другаго; самоуправством возвращают себѣ потерянное, если же это невозможно, так по крайней мѣрѣ удовлетворяют чувству мести.

Вот очерк грубаго правоваго воззрѣнія, которое было не только точкой исхода, потом позабытой, для Римлян или их предков, но удержалось у них навсегда, хотя и в болѣе утонченном и облагороженном видѣ. Личной энергіи и силѣ принадлежит мір, в самой себѣ носит единичная личность основаніе своего права и сама собой должна она его защищать — вот квинт-эссенція древнеримскаго воззрѣнія на жизнь, что мы и намѣрены доказать теперь подробнѣе по слѣдам, которые сохранило нам право, миѳологія и этимологія [10]).

Мечем основан римскій мір и меч или копье являются древнѣйшим символом римскаго права. Не боги дали Римлянам их первую экипировку, как Бог Израиля даровал Іудеям обѣтованную землю, не торг и не хитрость примѣнялись, как нѣкогда Дидоной при основаніи Карѳагена; — Римляне не имѣют, говоря языком права, «*отчужденной*» собственности, отчужденной от Бога или других людей, они обладают собственностью «первоначальной», «непосредственной,» при которой собственник сам является творцем своего права на собственность, они ее взяли, гдѣ нашли.

---

[10]) На основаніи замѣчаній *Л. Ланге*, высказанных в его вышеприведенной рецензіи на первое изданіе этого тома, устранил я в послѣдующем различные сомнительные или невѣрные этимологическіе доводы.

Digitized by Google

Пріобрѣтеніе Римлянина состояло в capere, собственностью является для него то, что он взял рукой — manu-captum, mancipium, он сам является «берущим»: herus [11]); собственность переносится не через передачу (trans-datio, traditio), как в позднѣйшее время, но гдѣ Римлянин уступает другому собственность, там это понималось в древнее время как по формѣ, так и по сущности, как одностороннее взятіе пріобрѣтателя (mancipatio, manu capere).

«Брать» единственно соотвѣтствует римскому образу представленія и латинскій язык, при своей бѣдности в остальном, однако богат выраженіями, которыя первоначально имѣли это значеніе. Emere в позднѣйшей латыни значит покупать, но гдѣ Римляне позднѣйшаго времени покупали, их предки обыкновенно брали; ибо это было первоначальным значеніем emere [12]). Rapere (нѣмецкое rauben, готское raubon) в позднѣйшей латыни имѣет нѣмецкое значеніе—rapina является здѣсь преступленіем, но в древнее время не знали особеннаго преступленія грабежа [13]), rapere значило только рвать, сильно тянуть к себѣ и язык не придал этому оттѣнка непозволеннаго. Также мало различія дѣлает язык между тѣм случаем, когда без всякаго труда берут вещь, неимѣющую господина, и тѣм, когда ее отнимают в добычу; и то и другое называется occupare. От этих трех коренных слов: emere, capere и rapere образовал латинскій язык множество производных и сложных слов, значенія которых впослѣдствіи весьма расходятся; но тѣм замѣчательнѣе первоначальное тождество всѣх этих значеній в понятіи «брать».

Главным случаем насильственнаго присвоенія была военная добыча; послѣдняя считалась, как сообщает нам Гай [14]), лучшим

---

[11]) Из Санскритскаго hr брать, откуда также χείρ. *Lange* a. a. O. Dominus производит он от do (с суффиксом minus, как при femina, ter-minus). Дальнѣйшее доказательство производства правовых понятій из понятія силы находит он в словѣ potestas.

[12]) Festus sub voc. Abemito significat demito vel auferto; emere enim antiqui dicebant pro accipere; точно также sub voc. Redemptores. См. также Pott a. a. O. B. 1 S. 261. Первоначальное значеніе удержалось еще в сложных, напр. adimere (ad — emere), брать к себѣ.

[13]) Грабеж подпадал под понятіе воровства, а именно furtum manifestum.

[14]) Gaj. IV. § 16.

Digitized by Google

способом пріобрѣтенія собственности, maxime, говорит он, sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent. Грабеж у врага издавна считался у всѣх юношеских, воинственных народов почетным средством пріобрѣтенія; «еще в настоящее время у арабских племен-номадов слово разбойник есть почетное названіе» (Рошер), а по древнегреческому и древнескандинавскому взгляду морской разбой считался благопристойным промыслом, торговля же презиралась, так как с ней совмѣщаются трусость и обман; так и Меркурій был в одно и тоже время богом торговли и воровства. Это сообщеніе Гая является конечно только его собственным заключеніем, оно однако не лишено значенія, так как здѣсь римскій юрист, обладавшій для познанія древнѣйшаго права совершенно другими матерьялами, чѣм мы, нашел в нем выраженным вышеприведенное воззрѣніе. Пусть останется не рѣшенным, нельзя ли этимологическое происхожденіе слова praedium привести также к представленію «брать»; родство же с praeda не может быть не признано [15]). Отсюда недалеко было привести в связь с военной добычей и раздѣленіе вещей на res mancipi и nec mancipi [16]); res mancipi, при которых только mancipatio или другой принадлежащій к jus civile акт пріобрѣтенія переносил собственность, должно быть были вещами, которыя Римляне имѣли обыкновеніе увозить с собой при своих разбойничьих походах. Но я не считаю вѣрным этого взгляда, который прежде сам признавал справедливым, однако должен отложить до другаго мѣста обоснованіе моего противорѣчія. Mancipatio несомнѣнно основывается на той идеѣ, что тон перенесенія собственности покоится на дѣятельности получателя, на том, что он берет, а не на отдачѣ со стороны давателя, однако грабеж у врага в ней ни чем не обозначен.

---

[15]) Относительно praeda, сложенной из prae-hida от prae hendere, prendere, корень hed см. Pott a. a. O. 1 S. 142, 199. Приводить praedium в связь не с praeda (как уже Римляне, Gromat. veter. ed. Lachmann, I p. 369: quod antiqui agros quos bello ceperant ut praedae nomine habebant), а с praes, поручителем, именно как объект обезпеченія, значит измѣнять вопрос, а не рѣшать его. Потому-что и praes связан съ тѣм же корнем, это тот, кто берет что нибудь на себя. *Rivier* Untersuchungen über die Cautio praedibus praediisque. Berlin 1863 S. 14 производит praes отъ prae-vas; какое отношеніе к этому имѣют praeda и praedium, он не объясняет, связь же послѣдних двух друг с другом он признает стр. 30.

[16]) *Puchta*, Cursus der Institutionen. B. 2, § 238.

Digitized by Google

Идея, что «брать» есть истинное начало правоваго господства, высказывается и в других мѣстах. Во-первых в римской свадьбѣ. Здѣсь невѣста похищалась женихом из лона своих: потому, как наивно прибавляет Фест [17]), что это счастливо удалось Ромулу. Но преданіе о похищеніи Сабинянок есть однако скорѣе слѣдствіе, чѣм причина этого обычая. Второй обычай был религіознаго свойства. Гдѣ люди грабят и в грабежѣ видят корни собственности, там и боги должны грабежом доставать себѣ служителей. Так похищались весталки [17]a) и flamen Dialis (capiuntur); они ли только, и если так, то почему только они, этот вопрос стоит открытым.

Символом собственности было копье. Гдѣ в Римѣ шло дѣло о публичном актѣ собственности, там давалось знать об этом, воткнувши копье, так напр. при центумвиральном судѣ, судившем преимущественно о чисто римской собственности, далѣе при публичной продажѣ (sub hasta vendere) [18]); от этого то обычая и происходит перенесенное в нѣмецкій дѣловой язык выраженіе: subhastiren (продавать с аукціона). При отпущеніи рабов на волю пред претором является также копье, впослѣдствіи вмѣсто него посох, на оффиціальном языкѣ vindicta; но это уже приводит нас к виндикаціи, рѣчь о которой может быть только впереди. И свадебный обряд знаком с копьем. Жених обыкновенно при бракосочетаніи пробирал волосы невѣсты копьем (coelibaris hasta) [19]) и Фест, сообщающій нам эту замѣтку, приводит рядом с прочими объясненіями также *то*, что копье было высшим знаменіем власти, («summa armorum et imperii»), чѣм и давалось знать невѣстѣ, что она впредь вполнѣ подчинена власти мужа. По новѣйшим изслѣдованіям однако несомнѣнно, что это объясненіе невѣрно [19]a).

---

[17]) Sub voc. rapi.

[17]a) Gell. 1, 12 § 13: pontificis maximi manu prehensa ab eo parente, in cujus potestate est, veluti *bello capta* abducitur.

[18]) Поэтому hasta и в позднѣйшее время было кратким названіем для аукціона, напр. fiscalis hastae fides. Также к публичным торгам на откупа примѣняется выраженіе hasta, напр. Livius 39, 44 submotis ab hasta.

[19]) Смотри Festus sub hac voce.

[19]a) *Rossbach*. Untersuchungen über die römische Ehe. Stuttgart 1853 S. 290. Копье служило первоначально для обрѣзыванія волос и удержалось, как остаточная форма. II, 538.

Digitized by Google

Слишком уже ясно, что люди не откажут богам в высшем символѣ господства, чтобы замѣчаніе [20]), что Римляне в древнѣйшее время чтили всѣх богов под образом пики, могло нас удивить. В позднѣйшее время пика дѣлается из символа аттрибутом богов и именно в ея древнѣйшем видѣ, как hasta pura, т. е. пика без желѣзнаго наконечника [21]).

Гдѣ физическая сила обусловливает пріобрѣтеніе, там естественно играет рука, как ея орудіе, главную роль; бороться значит: «сплестись руками», «manum conserere»; нападать: «наложить руку», «manum injicere», «manus injectio»; сама законная власть по рукѣ, которая ее энергично основывает и утверждает, называется manus [21]a). Хотя в позднѣйшем правѣ это выраженіе в техническом употребленіи перешло на *один* род власти, на власть над супругой, однако из сложных слов, которыя остались в употребленіи еще в позднѣйшем правѣ, явствует его прежнее общее значеніе [21]b).

Энергія, сила есть слѣдовательно матерь права, — вот результат предъидущаго изслѣдованія. В этом положеніи ясно высказывается первобытное воззрѣніе на жизнь и воинственный дух народа, в нем заключается часть доримской исторіи. Этимологія представляет нам при этом еще другаго рода поддержку. Как недвижимое имѣніе латинскій язык обозначает не по его столь ясно выдающемуся качеству недвижимости, а как предмет добычи, так и мужа называет он не по его полу, а по его воинскому призванію. Санскритское выраженіе для мужа есть nri и nara [22]), и греческій язык удержал это выраженіе в своем ἀνήρ, латинскій же напротив того теряет его и избирает слово vira (vir), которое в санскритском означает воина, героя, т. е. римскіе мужи характеризуются не по своему полу, а

---

[20]) Justin 43, 23.

[21]) «Боевое копье первоначально не снабжалось желѣзом, но было только hasta praeusta, которая заострялась огнем. В сознаніи итальянских племен удержалось, что это оружіе употреблялось когда-то при веденіи войны, это видно из того, что оно бросается в область врага феціалами для объявленія войны и что воину вручается hasta pura в знак признанія его храбрости». *Rossbach* a. a. O. S. 291. Дѣло здѣсь состоит в том же, в чем оно состояло и в замѣчаніи 19a).

[21]a) От manus происходит также manubiae: выручка с добычи. Gell. 13, 21.

[21]b) Подробнѣе § 32.

[22]) *Pott* a. a. O. 1. S. 106.

Digitized by Google

по своему воинскому призванію. Римская добродѣтель, vir-tus, есть слѣдовательно по своему первоначальному смыслу обладаніе мужеством, т. е. воинскою годностью. С vir находится в слишком близкой связи по звуку и по древнеримскому образу пониманія vis, сила, насиліе, чтобы можно было не заключить о их первоначальном этимологическом сродствѣ [23]). Воин — vir, копьем — hasta доказывающій свою vis и приводящій личности и вещи в свою manus, вот выраженіе в лицах идеи, которой мы здѣсь занимаемся. Имя народа, Quirites равным образом имѣет с этим связь по общеупотребительному производству. Quiris, curis есть древнесабинское копье [23a]), квириты слѣдовательно суть копьеносцы. Да будет мнѣ позволено высказать догадку о производствѣ quiris. Извѣстный авторитет [24]) считает возможным происхожденіе слов curia, decuria и т. д. от com-viria, decem-viria. Curia есть слѣдовательно общество мужей, нѣмецкое Mannschaft (мір, люди, отряд войска), и имѣла слѣдовательно, как и decuria, centuria, военное значеніе, подобно нѣмецкому «Mannschaft»; она обозначала отряд войска, о чем подробнѣе в § 17. Curia же и curis или quiris (cu- и qui-, как извѣстно, часто замѣняют друг друга) стоят друг к другу слишком близко, чтобы можно было не принять их первоначальнаго сродства. Если же curia произведено от com-viria, общества мужей, то от этого слова — принимая это сродство — происходило бы и curis, и именно в смыслѣ «того, что свойственно curia», а это и есть боевое копье в своем служебном, общем для всѣх видѣ [25]). Quirites были бы слѣдовательно носителями этого копья, а это неизбѣжное копье, которое

---

[23]) Взаимная связь vis и vir этимологически возможна, потому что *r* послѣдняго слова находится у перваго во множественном числѣ. См. *Pott* a. a. O. B. 1 S. 205, которому, правда, отпаденіе r в единственном числѣ кажется сомнительным. См. однако замѣчанія *Lange* a. a. O. S. 42..

[23a]) Macrob. Sat. I, 9: ab hasta, quam Sabini curim vocant.

[24]) *Pott* a. a. O. 1. S. 123.

[25]) Пусть мнѣ не возражают, что ненормально, чтобы язык назвал копье по собранію мужей. По нему названа не простая hasta, но hasta curiae, hasta quiris, т. е. копье, как оно было обще всей куріи, слѣдовательно служебно. На аналогію нѣмецкаго языка указал мнѣ Мюлленгоф. Если «Kunkel» (пряслица) (chonacla, kunkela, cunkla) символ женщины, произведено от quena или konâ (γυνή) — женщина, почему же знак мужей — curis не от самаго собранія мужей—

Digitized by Google

мы уже встрѣчали у богов и людей, на свадьбах и торгах, отпущеніях на волю и судебных засѣданіях, конечно нигдѣ не было бы болѣе на своем мѣстѣ, чѣм в имени самого этого народа, больнаго страстью к пикам. Еще раз встрѣтится оно нам (§ 12), но уже с назначеніем не основывать права, а защищать их.

До сихъ пор мы разсматривали физическую силу по отношенію к одному ея свойству, в котором она практически выказывалась только относительно врагов, а именно как первоначальную основательницу собственности. На правѣ добычи выказалось прежде всего римское понятіе собственности и к нему же прикрѣплено мирное, договорное расширеніе послѣдняго. То, что кто нибудь завоевал у врага, принадлежит ему, как награда побѣдителю, есть его собственность; физическая сила ворочается домой с понятіем права, предмет, на котором она выказалась, является для товарищей не объектом добычи, но законно неприкосновенным, как сама личность. В этом лежит собственно понятіе права добычи; его не было бы, если бы происходило другое. К этому, по времени и по понятію первому, непосредственному виду пріобрѣтенія примыкают производные. Нашему теперешнему пониманію договор кажется столь

---

curia? — *Lange* a. a. O. рѣшительно возстает против вышеприведеннаго взгляда, который имѣет в своем основаніи производство, (установленное Поттом) curia от comviria (см. также его: Röm. Alterth. B. 1 S. 80 [Aufl. 2]). Он производит curia отъ корня κυρ, κοιρ (κυρία) coer (coerare=curare), т. е. coir, quir с значеніем «окончательнаго рѣшенія», и нельзя не признать, что это производство несравненно больше соотвѣтствует оффиціальному употребленію слова Quirites (сочлены куріи), как граждан в противоположность солдатам, и прочим доказательствам, которыя приводит Ланге («Quirinus представляет гражданскую дѣятельность populus Romanus Quiritium, как Марс военную; связь Juno Quiritis с куріями, в которых каждый имѣл для нее алтарь»), чѣм употребительное, которое клеймит граждан названіем солдат. *Corssen* (у Lange Alterth. a. a. O.) производит curia от covisia (от санскр. корня vas — жить), и это производство рекомендует себя тѣм, что дѣлает возможною связь слов decuria и centuria с основным понятіем curia, чего недостает въ этимологіи Ланге.

Digitized by Google

естественным способом основанія правовых отношеній, что мы нисколько не затрудняемся приписывать это пониманіе и Римлянам, но я считаю это совершенно ложным, что и думаю доказать обстоятельнѣе во второй системѣ. На этом мѣстѣ достаточно замѣчанія, что перенесеніе собственности по договору имѣло в древнѣйшем правѣ значеніе и силу не как таковое, но потому, что оно приноравливалось к идеѣ права добычи. Собственность является первоначально лишь правом на полученный в добычу предмет, возникает слѣдовательно только чрез пріобрѣтеніе добычи. Если поэтому кто либо, вмѣсто того, чтобы достать у врага вещь, в которой он нуждается, обращается с просьбой об ней к товарищу, и этот захочет передать ее не только во владѣніе, но как собственность, т. е. «как его по праву добычи», то это может совершиться только таким образом, что послѣдній дает у себя ее вырвать; новый владѣлец является слѣдовательно «тѣм, кто пріобрѣл эту вещь в добычу», т. е. собственником.

Мы обращаемся теперь к силѣ в ея направленіи на защиту, на осуществленіе права.

B. СИСТЕМА САМОУПРАВСТВА.

1. ВСЕОБЩЕЕ ОБОЗРѢНІЕ.

Почин права самоуправством. — Сила на службѣ у права. — Утвержденіе различія между несомнѣнными и сомнительными притязаніями. — Безразличность различных родов неправоты.

Neque enim qui est in furem statuere necesse habet adversus furem litigare; iccirco nec actio ei a veteribus prodita est I, 17 pr. de furt. (47. 2).

XI. Первыя неизбѣжныя движенія оскорбленнаго чувства права состоят в насильственной реакціи против нанесенной несправедливости, в самоуправствѣ и мести. Самоуправством и местью, этим видом дикаго правосудія — как выражается Ба-

Digitized by Google

кон Веруламскій — начинало каждое право. Но по нашему теперешнему пониманію это начало есть ничто иное, как догосударственный хаос, в котором право и сила еще не отдѣлились друг от друга и о правѣ не может быть и рѣчи. Послѣднее должно еще только возникнуть, когда государство обуздает эти порывы субъективнаго чувства права и создаст органы для осуществленія права. Право возникает по нашему теперешнему пониманію только со времени установленія должности судьи, правовой порядок и отправленіе права со стороны государства являются для него синонимическими понятіями.

Это пониманіе объяснимо с точки зрѣнія нашего теперешняго правоваго порядка, но оно слишком мало цѣнит крѣпость и дѣятельность природной организаціонной силы правовой идеи. Существенное в понятіи правоваго порядка заключается в обезпеченном и постоянном осуществленіи права, но ложно думать, что это осуществленіе может быть произведено только государством и его властями, и что оно не может производиться, хотя бы и несовершенным образом, непосредственной силою жизни. Первоначально каждая потребность жизни удовлетворялась *самой* жизнью. Прежде, чѣм усилившееся развитіе выдѣлило мало по малу отдѣльные органы для различных задач и интересов общества, они не были предоставлены на произвол случаю, но природная самопомощь или цѣлебная сила жизни помогала сама себѣ. Мы должны были пережить, что государству поставили странное требованіе «организаціи труда»; однако, как ни сдружились в настоящее время с идеей организированія государством, однако отвергли это крайнее слѣдствіе этой идеи и дали отвѣт: труд организуется сам собой, государство не может и не должно в него вмѣшиваться. Ну, а если и юстиція организовалась когда то сама собой, без содѣйствія государства, если помощь государства в то время была так же мало необходима для особей для отыскиванія права, как в настоящее время для отысканія работы?

Развѣ государству необходимо было постановлять основныя положенія права, по которым судились народы в их первобытное время, развѣ они были оставлены богом и правом, пока законодатель не принимал в них участія и не прописывал им, что справедливо? Так думали об этом еще в недавнее время; считали невозможным

Digitized by Google

правовое состояніе без законодателя. В настоящее время мы отреклись от этого заблужденія; мы знаем, что право не дожидалось законодателя, но существовало в формѣ обычнаго права с древнѣйших времен. А развѣ так невѣроятно, что тоже стремленіе к праву и порядку, которое выразилось в этом и сдѣлало излишним *законодателя*, дѣйствовало и относительно осуществленія права и сдѣлало ненужным *судью* в нашем теперешнем смыслѣ? Судьи существовали с древнѣйших времен, это были свѣдущіе в правѣ, которые, как понимающіе дѣло, давали свое сужденіе о правовых спорах. Но теперь вопрос, произносили ли и осуществляли ли они свои приговоры как наши теперешніе, во имя государства? Это то я и отрицаю. Хотя исторія и не удержала для нас яснаго образа первоначальнаго состоянія права, теряющагося в первобытных временах народов, однако с другой стороны она всетаки сохранила у большинства народов так много слѣдов его в позднѣйшем правѣ, что мы можем искуственным путем возстановить для себя его первоначальное состояніе и идеи, в нем господствовавшія. Интерес этого возстановленія состоит не столько в том, чтобы выиграть у исторіи что-нибудь, в чем она нам отказала, сколько в том, чтобы лучше понять то, что она нам предлагает, т. е. узнать, из какихъ идей и воззрѣній вышло право историческаго времени, отыскать связь и смысл явленій, которыя с точки зрѣнія развившагося права должны нам казаться вполнѣ загадочными.

Мы мысленно переносимся в тѣ времена, когда общество не выдѣлило еще из себя органов для осуществленія права, когда, лучше сказать, считалось чисточастным дѣлом индивидуумов добывать себѣ право [25]а). Такое состояніе существовало; задолго ли

---

[25]а) К послѣдующему, перенесенному из перваго изданія, изложенію присоединился *Seeger* в своих: «Abhandlungen aus dem Strafrecht. Tübingen 1858 S. 164, 211 u. fl.» И *Bethmann-Hollweg* — «Der Civilprozess des gemeinen Rechts Bd. 1 S. 90, Note 3»,— не столько, кажется, хочет объявить невѣрным набросанный мною образ, сколько высказаться против «предположенія, что и самоуправство может быть оправдано разумом, как обыкновенное средство добыванія права» и против «благо-

Digitized by Google

до Рима существовало оно, дѣло второстепенное; главным же является знаніе, что самое древнее извѣстное состояніе римскаго права непосредственно к нему примыкает и развилось из этого основанія.

Не случай господствовал вмѣсто права, не количество физической силы, находящейся к услугам то той, то другой из спорящихъ партій, рѣшало дѣло, но идея права осуществлялась уже и здѣсь, хотя и несовершенным образом. Кто по причинѣ вынесенной несправедливости должен был прибѣгать к самоуправству, не покидался на свою собственную малую силу, несправедливость вызывала и в обществѣ туже самую реакцію чувства права, как и в нем самом, перевѣс физической силы переходил правильно на сторону того, кто имѣл право. В самом чувствѣ права уже заключается стремленіе осуществлять себя, и оскорбленіе его, хотя бы оно касалось

воленія» которое я питаю к тѣм временам. (См. стр. 89 там же: «Ueberbleibsel vorhistorischer Barbarei»). Я охотно соглашаюсь, что тѣ времена были далеки от устроеннаго правоваго состоянія, какого мы требуем в настоящее время, и что я очень доволен, что не должен переживать их в дѣйствительности, но с другой стороны мнѣ казалось в высшей степени необходимым в виду господствующаго взгляда, который видит в них только варварство и страшный произвол, указать со всей рѣшимостью на то, что и они имѣли уже извѣстное правовое содержаніе и представляли извѣстную ступень *правовой* жизни. В настоящее время, в виду участія, которое принимают государственныя учрежденія в образованіи и осуществленіи права, слишком мало обращают вниманія на нравственно-личную энергію и вмѣстѣ с ней на проявляющуюся во внѣшних образованіях силу субъективнаго чувства права. Из нея же однако окончательно вышел весь правовой порядок—откуда иначе? Практическая возможность такого состоянія, какое я приписываю первобытному времени римскаго права, показана историческими сочиненіями у самых различных народов, см. напр. для еврейскаго права: *Ewald* Die Alterthümer des Volks Israel S. 211, для греческаго *Meier* und *Schömann* Der attische Prozess S. 747, 748, *Heffter*, Atheniensische Gerichtsverfassung S. 454, для древне-германскаго, исландскаго, древне-скандинавскаго: *Wilda*, Strafrecht der Germanen S. 157 bis 223, *Dahlmann*, Geschichte von Dänemark II, S. 335 fl., *Seeger* Abhandlungen aus dem Strafrecht. Tübingen 1858 S. 176—210, для русскаго: Krit. Zeitschr. für Rechtswiss. und Gesetzgebung des Auslands XII, S. 72, 73. Новѣйшіе путешественники в Африкѣ сообщают подобное же, напр. Ladisl. *Magyar*, Reise in Südafrika I, S. 331: «О приведеніи в исполненіе приговора заботится выигравшая сторона и родственники; если для этого не хватает силы, то поджидают удобнаго случая (напр. путешествія), иногда впродолженіи нѣскольких лѣт».

Digitized by Google

близко только до отдѣльнаго индивидуума, возбудит это стремленіе не только в нем, но и во всей совокупности их. Если оно не найдет никакого устроеннаго органа для своей реализаціи, то постарается достичь ея непосредственным способом. Если там и нѣт судьи, который бы потребовал от преступника отчета и наказал бы его, всетаки кара настигает его и может быть надежнѣе и скорѣе, чѣмъ при самой усовершенствованной организаціи уголовной судебной расправы; это есть народное *правосудіе*, которое заставляет признавать оскорбленную народную *нравственность*. Но то, что в нашем теперешнем состояніи производит страх перед карой закона и мечем правосудія правительства, там дѣлает страх пред всюду присутствующей рукой этого народнаго правосудія. Посему было бы весьма превратно представлять себѣ это состояніе в таком видѣ, что проявленія народнаго правосудія и частнаго насильственнаго самоуправства были в порядкѣ вещей. При этом забывают вліяніе, которое постоянно производила перспектива ожидаемаго поведенія противника на собственное рѣшеніе. Гдѣ на другой сторонѣ стояло вполнѣ несомнѣнное право, там надо было быть готовым к тому, что для достиженія его будут употреблены всѣ силы и не только собственныя имѣющаго право, но и силы его друзей и родственников, между тѣм как сам нарушитель не мог разсчитывать в таком случаѣ на поддержку своих. Но только когда право одного и кривда другаго были ясны, как солнце, самоуправство могло быть увѣренным в той нравственной и физической поддержкѣ, на которой основывалась надежность его успѣха, я сказал бы, характер его, как правоваго института. Гдѣ же притязаніе было сомнительнаго свойства, там добываніе права путем самоуправства по необходимости должно было вести к дикой борьбѣ, к полной анархіи, там нуждалось оно в дополненіи учрежденіями, устроенными для цѣли рѣшенія (§ 12).

Это различіе между несомнѣнным и сомнительным правом и неправом, которое на начальных ступенях развитія права повсюду оказывает [26]) направляющее вліяніе на образованіе права, между

---

[26]) Напр. в древнескандинавском (*Wilda* a. a. O. S. 161—165), в англійском (*Gundermann*, Engl. Privatrecht I. S. 372), также в русском (Krit. Zeitschr. s. Anm. 25b) и других.

Digitized by Google

тѣм как при продолженіи развитія отступает [26]a) на задній план, встрѣчает нас в древнеримском правѣ и процессѣ столь рѣзко впечатлѣнным и глубоко проникающим образом, что его можно назвать основной мыслью, опредѣляющей всю архитектуру древнѣйшей системы. Только там, гдѣ притязаніе сомнительнаго свойства, дѣло доходит до процесса; гдѣ же оно неоспоримо, тотчас же слѣдует исполненіе и исполненіе без содѣйствія должностных лиц исключительно лицем, имѣющим право. Neque enim qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare — в этом, выше как девиз употребленном положеніи римских юристов выражена основная мысль древнеримскаго правоваго порядка. Кто имѣет свое очевидное право, тот не нуждается в правительствѣ, ни для того, чтобы оно еще признало это право, ни для того, чтобы оно его осуществило. Осуществленіе есть исключительно дѣло имѣющаго право. Мнѣ не извѣстно ни одного опредѣленія древняго права, которое ставило бы его в зависимость от содѣйствія правительства, или даже показывало бы ему это содѣйствіе в перспективѣ. Хотя для меня несомнѣнно, что должностное лицо нисколько бы ни поколебалось доставить в случаѣ нужды свое содѣйствіе [26]b), однако это содѣйствіе не входило в состав древнѣйшаго исполнительнаго производства, послѣднее видимо основывается на молчаливом предположеніи, что не стоит и заботиться о сопротивленіи уполномоченному самоуправству, что совершенно достаточно силы имѣющаго право; угрозы наказанія в случаѣ сопротивленія происходят всѣ из позднѣйшаго времени [27]). Только оспариваніем его законности мог третій, как vindex, остановить ход исполненія; если он проигрывал, то в наказаніе платил туже сумму, что и должник. Против того, кто сопротивлялся уполномоченному самоуправству,

---

[26]a) Но совершенно оно и здѣсь не теряется, пусть подумают напр. о противоположности исполнительнаго процесса и процесса обыкновеннаго, которая основывается именно на этом различіи; также и вексельный процесс состоит в связи с ним.

[26]b) Подобный случай передается у Liv. III 48: I, lictor, submove turbam et da viam domino ad prehendendum mancipium.

[27]) См. напр. Dig. lib. II tit. 5—8 и Gaj. IV, о act. furti prohibiti: actio quadrupli ex praetoris edicto..... lex autem eo nomine nullam poenam constituit.

Digitized by Google

дозволено было примѣненіе силы, что должно было быть возвѣщено громким голосом [27]a).

Понятіе самоуправства в обширном смыслѣ разлагаем мы в настоящее время на три подпонятія; понятіе *самозащиты* (отраженіе грозящих нарушеній права), понятіе *мести* (воздаяніе причиненнаго нам вреда) и понятіе *самоуправства* в *тѣсном* смыслѣ (присвоеніе того, на что мы думаем имѣть право). Совершенно исключая из послѣдующаго изслѣдованія первый случай примѣненія собственной силы, так как он не содержит ничего характеристичнаго для древнѣйшаго права, мы разсматриваем:

1) *Месть* и исторически вышедшую из нея *частную пеню* (§ 11a). Правонарушеніе, против котораго она представляет реакцію, при преступленіи очевидно, слѣдовательно самовластное преслѣдованіе его оправдывается по нашему вышеприведенному основному положенію;

2) *Самоуправство* в *тѣсном* смыслѣ, а именно:

a) обезпеченіе его исхода свидѣтелями (§ 11b) и

b) формы и объем его примѣненія в древнѣйшем правѣ (§ 11c)

послѣ чего мы перейдем в § 12 к случаю сомнительности притязанія и к причиненной им необходимости судейскаго рѣшенія.

Вышеприведенный распорядок требует еще одного замѣчанія. Если бы мы уже не принесли с собой различія между местью и самоуправством, трудно бы досталось нам сознаніе его в древнѣйшем правѣ, и даже владѣя им мы наталкиваемся при попыткѣ провести его на великія трудности. Самоуправство ли это или месть, когда заимодавцы растерзывают несостоятельнаго должника? По нашему теперешнему пониманію отношеніе заимодавца к должнику пред-

---

[27]a) Так напр. при in jus vocatio (слова XII таблиц у Gell. XX, 1: ni it, antestator) «antestatio служит для доказательства, что сила употребляется законно, а не injuria»—*Bethmann-Hollweg* a. a. O. S. 106; так относительно вора (слова XII таблиц у Cic. pro Tullio §. 48 «endoplorato», т. е., как прибавляет Цицерон: conclamato ut aliqui audiant et conveniant). Подобныя опредѣленія в древнескандинавском и германском правѣ (см. напр. *von Bar*, Beweisurtheil des german. Prozesses, 1866 S. 98 Note 143a) и в древнерусском (Ewers, altruss. Rechte, S. 147, 149).

Digitized by Google

ставило бы случай именно к самоуправству, а не к мести, ибо послѣдняя в нашем представленіи примыкает исключительно к понятію преступленія, а вѣдь всетаки не преступленіе, если должник без своей вины видит себя не в состояніи удовлетворить кредитора. И всетаки никто не замедлит назвать это обращеніе заимодавца с должником актом самой жестокой мести.

Тот же опыт, который мы дѣлаем на этом примѣрѣ, что наши с собой принесенныя понятія не подходят к древнѣйшему праву, повторяется и на другом, уже относительно самозащиты. Древнѣйшее право предоставляет собственнику без дальнѣйших разсужденій заколоть ночнаго вора, даже если он безоружен и не защищается. Развѣ это простая самозащита? Конечно нѣт! это опят акт кровавой мести [27]b).

Если мы послѣдуем ясному указанію, которое дают нам оба эти случая, то выйдем на в высшей степени плодоносную дорогу для познанія права. Дух древнѣйшаго права есть дух мести, удовлетворенія за каждую случившуюся несправедливость. Нетолько за умышленную или веденіем совершенную, но и за неумышленную, или невѣденіем совершенную несправедливость. Суровое чувство права видит в каждом оспариваніи или задержкѣ права личное оскорбленіе, преступленіе, и требует соотвѣтственно этому не только простаго признанія или возстановленія права, но кромѣ того личнаго удовлетворенія, наказанія противника. Кара слѣдует в древнѣйшем правѣ за всѣми нарушеніями права, все равно, объективны ли они только, т. е. таковы, что при них на противника не падает субъективно никакого упрека и вполнѣ отсутствует сознаніе и намѣреніе нарушить чужое право, как напр. при добросовѣстном обладателѣ чужой вещи, который проигрывает процесс виндикаціи, или же они в тоже время заключают в себѣ субъективную несправедливость. Наказывается должник, который не может заплатить, наказывается vindex, который при legis actio per manus injectionem оспаривает притязаніе вмѣсто должника, наказывается лишеніем sacramentum проигравшій сакраментальный процесс и даже в форму-

---

[27]b) То обстоятельство, что развитая в послѣдующем особенность древнѣйшаго права была упущена из виду, побудило многих к попыткѣ насильственным образом подвести этот случай под понятіе самозащиты.

Digitized by Google

лярном процессѣ еще продолжается во многих учрежденіях (напр. sponsio pœnalis и др.) наказаніе за простой проигрыш процесса. Fur nec manifestus, который умышленно дѣлает покушеніе на чужую собственность, постигается наказаніем двойнаго штрафа, оно же постигает и владѣльца, проигравшаго виндикаціонный процесс и присвоившаго себѣ в продолженіи времени плоды вещи, как будто бы он их украл, оно же постигнет продавца вещи, отнятой по суду у покупателя, как будто бы он хотѣл лишить истца покупной цѣны воровским образом.

Неоспоримо, что наказаніе во всѣх этих случаях отправляет в тоже время функцію вознагражденія убытков (II, 117 [110]), однако точно также несомнѣнно, что оно в тоже время имѣет назначеніе наказанія. Обѣ цѣли также мало отдѣлены друг от друга, как и различные виды несправедливости и месть и самоуправство, и именно эта безразличность характеризирует ступень развитія древнѣйшаго права. Это есть та первоначальная односторонность чувства права, которая одинаковым образом повторяется у индивидуумов и у народов, при которой чувство права совпадает еще с чувством *собственнаго* права, и нарушеніе права чувствуется только по его дѣйствію, а не оцѣнивается по его причинѣ. Наносится ли удар с намѣреніем, или по ошибкѣ, или без всякой вины, какое до этого дѣло им пораженному? Он ощущает боль, и боль побуждает его к мести. Только когда эта ступень чувства права, заключеннаго в ощущеніи боли, преодолѣна, получает оно вѣрную мѣру для оцѣнки несправедливости. Эта мѣра есть понятіе *виновности*. По той же мѣрѣ, в какой право дает в отдѣльных правовых отношеніях моменту вины подобающее ему значеніе, опредѣляется и степень его культуры. Кто в этом отношеніи захочет прослѣдить исторію права, найдет, что его успѣх состоит по существу в безпрестанно совершенствующемся и утончающемся примѣненіи мѣры виновности. Ибо высшая цѣль правосудія есть вѣрно взвѣсить в одной чашѣ заслугу, в другой вину, возстановить равновѣсіе между заслугой и виной с одной стороны и наградой и наказаніем с другой [28]).

---

[28]) Я развил далѣе эту мысль в моем: «Schrift über das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Giessen 1867».

Digitized by Google

Если мы измѣрим этой мѣрой древнѣйшее право, то низка будет та ступень, которую мы должны ему указать. Противоложность различных видов несправедливости, или, что тоже: момент вины еще не пріобрѣл значенія. Мѣра, которой древнее право мѣрит несправедливость, есть только мѣра обиды и вызваннаго ею раздраженія лица, имѣющаго право. Лишь впослѣдствіи открытый вор отдѣлывается денежным взысканіем двойнаго, пойманный на дѣлѣ теряет свободу; если он защищается или ворует ночью, то его можно убить. Почему это различіе в винѣ, в остальном вездѣ одинаковой? Один встрѣчает вспыльчивость, всю буйность перваго раздраженія, другому благопріятствует успокоивающее вліяніе времени и радость собственника снова найти вещь, в которой он уже болѣе или менѣе отчаявался. Из этого же источника проистекает и вопіющая несправедливость в наказаніи несостоятельнаго должника и fur nec manifestus. Она происходит оттого, что собственник лишается у перваго своего, между тѣм как у втораго получает свое назад с прибылью. Короче, древнему праву диктовал его опредѣленія исключительно голос обиженнаго, его справедливость была справедливостью с односторонней точки зрѣнія оскорбленнаго в своем правѣ.

Теперь будет понятно, что вышеприведенное, заимствованное у нашей теперешней науки, различіе между самоуправством и местью оказывается не вполнѣ подходящим к древнѣйшему праву. Гдѣ понятія чисто объективной несправедливости («простодушной», говоря языком Гегеля) и субъективной практически еще не отдѣлены друг от друга и совершеніе несправедливости всегда связано с наказаніем, там нельзя ожидать и строгаго различія между самоуправством, местью и даже самозащитой. Всѣ трое подпадают вмѣстѣ под общее понятіе насильственной реакціи против нанесенной несправедливости, под понятіе *vindicta;* больше или меньше эта реакція, ограничивается ли она простым отраженіем или обратным полученіем отнятаго, или переступает эти границы и стремится к дальнѣйшему, не принимается при этом в разсчет. С той же всеобщностью и неопредѣленностью, с какой древнее право употребляет [28]a) выраженіе «injuria», соотвѣтственно употребляет оно и

[28]a) *Injuria*: a) в объективном смыслѣ при виндикаціи «quando tu injuria vindicavisti, Gaj. IV 16; b) в субъективном смыслѣ в словах XII табл. об искѣ о нанесеніи обиды: si injuriam faxit actori.

Digitized by Google

выраженіе «vindicta» [28b]); латинскій язык — и это в высшей степени характеристично — даже в позднѣйшее время не имѣет особых выраженій для различных цѣлей и направленій «vis» и «vindicta», так что юристы должны описывать понятія перифразами.

Послѣ того, как мы предпослали это, вышеприведенный распорядок, в котором мы в интересѣ изложенія отдѣлили друг от друга оба названныя направленія vindicta, как мести и как самоуправства, будет обезпечен от опасности возбуждать ложныя представленія.

2. МЕСТЬ И ВОЗНИКНОВЕНІЕ ЧАСТНОЙ ПЕНИ.

XI[a]. Месть есть тот вид самоуправства в обширном смыслѣ, который исторически вымирает всего раньше. Самоуправство в тѣсном смыслѣ заключает в себѣ самом свою мѣру и предѣл, оно имѣет цѣлью простое осуществленіе права и, установленное по своим предположеніям и формам, оно еще долго может, как это показывает нам исторія древнеримскаго и других прав, совмѣщаться с существованіем устроенной судебной расправы. Но месть безмѣрна; ея мѣра есть случайная и произвольная мѣра субъективной раздраженности оскорбленнаго и она, вмѣсто того, чтобы сломить силу неправды, только увеличивает ее, прибавляя новую к уже совершенной. Понятно, что она прежде всего подчиняется закону порядка.

Потому в древнеримском правѣ сохранились только ея отдѣльные слѣды, между тѣм как система самоуправства еще в историческое время находится в полном цвѣтѣ. Эти слѣды видны в слѣдующем [29]).

[28b]) Cicero de inv. c. 53 § 161: vindicatio defendendo aut ulciscendo. Vindicta, vindicare, vindicatio в процессѣ виндикаціи являются в смыслѣ самоуправства, vindex при legis actio per manus injectionem в смыслѣ самозащиты. Значеніе этих выраженій в смыслѣ мести, наказанія, извѣстно. Таже безразличность понятій мести и самоуправства повторяется и в германском правѣ, *Seeger* a. a. O. S. 177 fl.

[29]) Литература старательно собрана *Rein*'ом, Kriminalrecht der Römer. S. 36 u. fl.

Digitized by Google

Супругу, который поймает нарушителя супружеской вѣрности на самом фактѣ преступленія и в справедливом гнѣвѣ убьет его, еще позднѣйшее право обезпечивает безнаказанность. Относительно вора позволяют XII таблиц тоже самое, если он крадет в ночное время, днем же, если он защищается; во всяком случаѣ пойманный вор (fur manifestus) чрез addictio со стороны правительства попадает во власть обокраденнаго [30]). При нѣкоторых тѣлесных повреждениях (membrum ruptum) закон постановляет наказаніе возмездія (talio).

Во всѣх этих трех случаях неправота преступника была ясна и потому закон только налагал печать законности на то, что имѣл обыкновеніе дѣлать оскорбленный под вліяніем вынесенной обиды или тотчас при дѣлѣ, или впослѣдствіи [30]a). Обычай, как кажется, особенно благопріятствовал той формѣ мести, что оскорбленный завладѣвал личностью своего противника и выпускал его не ранѣе, чѣм тот выкупался. Я вывожу это из того, что позднѣйшее право ясно признавало право на это во многих случаях, напр. в вышеупомянутом случаѣ furtum manifestum, далѣе относительно несостоятельнаго должника и при всѣх преступленіях, совершенных рабами или дѣтьми, находящимися под отеческой властью. Если господин или отец не предпочитал вознаградить причиненный этими лицами ущерб, то он их должен был noxae dare, т. е. передать потерпѣвшему, чтобы послѣдній сам мог добыть себѣ от них удовлетвореніе или их услугами вознаградить свой убыток. Высказана догадка [31]), и я с ней соглашаюсь, что «noxales actiones первоначально содержали абсолютное требованіе выдачи наносящих ущерб лиц для совершенія частной мести». Также и в международноправовых сношеніях мы находим признанным тоже право на выдачу. Римлянин, провинившійся по понятіям международнаго права перед чужим народом, предавался мести послѣдняго, так напр. тот, кто нападал на его посла, так полко-

---

[30]) Неизвѣстно, как раб или как adjudicatus. Gaj. III. § 189.

[30]a) Противно мнѣнію нѣкоторых, которые хотят видѣть в дозволенном умерщвленіи вора только случай примѣненія необходимой обороны (напр. E. Platner Quaest. de jure crim. Rom. p. 69 flg.) см. *Seeger* a. a. O. 218—247.

[31]) *Dirksen*, Civil. Abh. B. 1. S. 104.

Digitized by Google

водец, заключившій с врагом sponsio, которая была отвергнута римским народом или сенатом [32]). «Deditio» происходила, «ut populus religione solvatur», чтобы народ сложил вину с самого себя, и в тѣх же выраженіях, которыя встрѣчаются и при частноправовой noxae deditio (quandoque..... *noxam nocuerunt*... ob eam rem hosce homines vobis *dedo*) [33]). Первый случай представляет нам международно-правовое obligatio ex delicto, второй—obligatio ex contractu (из sponsio), неисполненіе которых и в частноправовых сношеніях влекло за собой взысканіе долга и слѣдующее за ним рабство должника. Приведенное при выдачѣ основаніе: ut populus religione solvatur и само существо дѣла ведут нас к принятію и для частных сношеній того же основнаго положенія, именно, что старающійся избавить преступника или должника от законнаго самоуправства потерпѣвшаго или заимодавца дѣлается причастным его неправотѣ, налагает на себя равный долг [34]). Послѣдствіе этого основнаго положенія вижу я еще в обязательствѣ, которое vindex должен был брать на себя в римском процессѣ. Кто выступает vindex'ом [35]) libertatis, т. е. хочет другаго, который по его показанію незаконным образом держится в рабствѣ, освободить из него иском против владѣльца, тот должен внести залог (sacramentum), а кто хочет одинаковым образом принять участіе в привлеченном к взысканію долга должникѣ, вступает этим в его обязательство, так что в случаѣ проигрыша должен заплатить в наказаніе за то, что оспаривал законность самоуправства заимодавца, сумму долга [36]), не освождая этим самого должника от его обяза-

---

[32]) Mauritius *Müller-Jochmus*, Geschichte des Völkerrechts im Alterthum § 71 und § 82.

[33]) Livius IX. c. 10.

[34]) Впослѣдствіи подаются против него особенныя жалобы. См. напр. титул: Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat (2. 7) именно I, 5 § 1 и I. 6 (is, qui debitorem vi exemit, si solverit, reum non liberat, quia poenam suam solvit) и Tit. De eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat (2, 10).

[35]) Fest. vindex, qui vindicat, quominus is, qui prensus est, ab aliquo teneatur.

[36]) Это удержалось еще, когда вмѣсто vindex'a сам отвѣтчик имѣл право начинать процесс. Так как он выступал нѣкоторым образом как свой собственный vindex, то сам должен был в случаѣ проигрыша заплатить Duplum. Точно также не мог он требовать назад *ошибочно* заплоченнаго simplum. Если бы это

Digitized by Google

тельства. Если еще в системѣ развитой судебной расправы vindex подвергался такому наказанію за недоказанный протест против законнаго самоуправства, то во времена самоуправства тѣм скорѣе имѣло силу положеніе, что каждый, препятствовавшій мести оскорбленнаго против виновнаго, дѣлался соучастником в его винѣ. Если кто либо за государственное преступленіе изгонялся в изгнаніе, то всѣм было прямо запрещено ему помогать; кто это дѣлал, раздѣлял с ним его вину; — точно также тот, кто старался избавить частнаго должника или преступника от заслуженной им участи.

Итак, месть оскорбленнаго имѣла свободный ход; но нѣтъ возможности опредѣлить, могла ли она доходить до крайностей при каждом маловажном преступленіи или, по различію случаев, ей были указаны обычаем болѣе или менѣе тѣсныя или широкія рамки. При тѣлесных повреждениях XII таблиц дозволяют возмездіе (talio), должника и вора постигает лишеніе свободы, первый в случаѣ конкурса может быть даже изрублен в куски своим заимодавцем [37]). Но вмѣсто дѣйствительнаго совершенія мести мог встрѣчаться точно также часто ея выкуп; частная пеня (poena) [38]) позднѣйшаго времени есть ничто иное, как опредѣленіе величины этого выкупа [39]). Гдѣ

было позволено, то каждый мог бы избѣгнуть наказанія «duplum» при manus injectio тѣм, что платил бы, а потом оспаривал бы платеж, между тѣм как без платежа оспариваніе требованія было возможно только чрез vindex'а и с periculum dupli. Вот основаніе, почему condictio indebiti было исключено в случаях «rubi lis aescit inficiando in duplum».

[37]) Желаніе устранить искусственным образом «in partes secare» XII таблиц показывает полнѣйшую неспособность вдуматься въ дух древняго права.

[38]) Уже другими, напр. *Rein*'ом, das Kriminalrecht der Römer S. 284, и *Rubino*, Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte B. 1. S. 460 замѣчено, что poena, какъ греческое ποίνη, имѣет первоначально значеніе суммы примиренія, отсюда выраженія, как poenas dare, solvere, pendere, petere, exigere, sumere, capere, которыя всѣ указывают на представленіе не «страданій наказанія», а уплаты суммы удовлетворенія.

[39]) К этому же взгляду пришли и другіе, напр. *Köstlin*, Die Lehre vom Mord und Todtschlag. S. 29 u. flg., у котораго соединены всѣ дошедшіе до нас случаи частных пень древнѣйшаго права. К богатой литературѣ о происхожденіи суммы примиренія (сдѣлки) из частной мести у *Geib*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts B. 1. Tübingen, 1861 S. 2 надо прибавить еще *Nic. von Tornauw*, Das moslemitische Recht S. 239.

Digitized by Google

имущество так высоко цѣнится народом, что оскорбленіе его влечет за собой для вора потерю свободы, а для банкрота потерю жизни, гдѣ, сказал бы я, исходя от денег можно достигнуть самаго тяжелаго наказанія, там и наоборот можно снова перейти от заслуженнаго наказанія к деньгам. За значительную сумму примиренія оскорбленный охотно отступал от совершенія возмездія и его чувство мести удовлетворялось не меньше, когда его противник должен был уступить ему самое лучшее, что имѣл, чѣм если бы он нанес ему нѣсколько тяжелых ран. В наше теперешнее время, как бы оно ни было алчно к барышу и деньгам, всетаки имущество и личность находятся в несравненно менѣе тѣсном отношеніи, чѣм в каком они обыкновенно бывают на низших ступенях культуры [40]). Цѣна, которой индивидуум и цѣлое время привыкли оцѣнять имущество, опредѣляется опытом по трудности пріобрѣтенія. Что пріобрѣтается в потѣ лица или с риском жизни, то кажется личности частью ея самой; кто оскорбит это, платится, если он не может за это заплатить, своим тѣлом. С точки зрѣнія этого образа пониманія так же мало удивительнаго в том, что удовлетвореніе за *имущественноправовое* оскорбленіе обращается на *лице*, как и в том, что удовлетвореніе за *личное* оскорбленіе обращается на *имущество* противника. На мѣсто денег члены тѣла (in partes secare), на мѣсто членов тѣла деньги!

Кто не мог внести денег или выкупа сам, тому оставалась еще надежда на помощь родственников и друзей, и эта надежда, если только легкомысліем он не сдѣлал себя недостойным этой помощи, рѣдко обманывала, по крайней мѣрѣ она принималась в разсчет самим законом при обращеніи с несостоятельными должниками; на этом основывалось особенное учрежденіе древнѣйшаго процесса. XII таблиц предписывали, чтобы должник, уже посаженный своим заимодавцем в тюрьму, три базарные дня публично выставлялся, чтобы попытаться, не выкупит ли его кто либо, а исторія четвертаго столѣтія может сообщить о М. Манліѣ, что он до четырех сот должников спас таким образом из рук их заимодав-

---

[40]) Во второй системѣ мы попытаемся обрисовать этот образ воззрѣнія с его глубокопроникающим вліяніем на право.

Digitized by Google

цев [41]). Если потерпѣвшій требовал не слишком многаго, то отец охотнѣе платил, чѣм рѣшался на noxae deditio своих дѣтей, а гдѣ преступник сам владѣл имуществом, он охотнѣе жертвовал частью его, чѣм отдавал себя на произвол мести противника. Если не хватало его средств и если он не сдѣлал себя недостойным помощи своих родственников, то послѣдніе могли ему ссудить недостающее. Если тот, против кого он провинился, уж болѣе не жил, то родственники становились мстителями на его мѣсто [42]); мы оставляем нерѣшеным, имѣли ли и они право позволить выкупить у себя месть, которой обязаны были пред покойником; и обезпечивало ли это преступника от vindicta publica, о которой мы будем говорить впослѣдствіи.

Размѣр суммы примиренія опредѣлялся конечно по различію случаев весьма различно. Имущественныя обстоятельства обѣих партій, их положеніе и их предъидущія отношенія друг к другу, размѣр страсти мщенія с одной стороны, упорства с другой, заступничество родственных личностей и т. д. производили здѣсь опредѣляющее вліяніе. Конечно во власти потерпѣвшаго было сдѣлать свои требованія безграничными, подобно тому, как это может сдѣлать в римском процессѣ тот, кто должен опредѣлить litis aestimatio посредством juramentum in litem, однако его собственный интерес побуждал его не дѣлать выкупа невозможным для своего противника [43]). Также и общественное мнѣніе и обычай были здѣсь навѣрно не без вліянія. Если послѣдній, как нужно полагать, ввел

---

[41]) Liv. VI, 20.

[42]) Как слѣдствіе семейнаго принципа принадлежит это § 14.

[43]) Пусть напр. предположат, что он от присужденнаго ему должника требует вдвое болѣе того, что тот стоит, как раб, и что слѣдовательно он может выручить за него при предписанной продажѣ trans Tiberim. Если послѣдній был слаб и стар, то этой продажей он выручал не много. Мудро было то опредѣленіе XII таблиц, что они строго опредѣлили срок, впродолженіи котораго заимодавец мог держать у себя должника, и к тому же очень узко его отмѣрили (60 дней). У заимодавца отнималось этим средство уломать должника постоянными мученіями, а с другой стороны и сам должник должен был рѣшиться впродолженіи этих 60 дней. Умѣренную выкупную сумму послѣдній мог быть может собрать в это время; если заимодавец отвергал ее до истеченія срока, то он должен был предпринять эту продажу, которая могла ему доставить гораздо меньше.

Digitized by Google

в употребленіе хотя нѣкоторыя, болѣе общія точки опоры для опредѣленія суммы примиренія, напр. по различію преступленій пеню в четыре или в два раза бо́льшую убытка или опредѣленное число волов, овец и т. д., то единичная личность, чтобы не возстановить против себя общественнаго мнѣнія, могла и не осмѣлиться при своих требованіях слишком далеко отдаляться от этих точек опоры. Мы должны здѣсь представить себѣ торг, при котором с одной стороны запрашивают слишком много, а с другой сбавляют до тѣх пор, пока наконец не сторгуются [43a]). Выраженіем для этого было: pacere [44]), pacisci, depecisci, а для самого соглашенія в цѣнѣ pactum. Первоначальное значеніе слова «pactum» есть слѣдовательно значеніе не вообще договора, но pax'a, міра, именно полюбовнаго окончанія вражды; «мировая» (Vertrag) полагает конец «немиролюбію». (Unverträglichkeit) [45]).

Итак, совершеніе частной мести могло обыкновенно оканчиваться к обоюдной выгодѣ ея выкупом, а для опредѣленія суммы примиренія в отдѣльном случаѣ было достаточное количество прежних подобных случаев, которые служили для партій точками опоры. При многихъ преступленіях мы находим, что вначалѣ это соглашеніе вполнѣ предоставлено партіям, впослѣдствіи же правительство берет это дѣло в свои руки и вмѣсто признанія возмездія, если напр. до него должно было дойти дѣло, так как одна партія требовала слишком много, другая предлагала слишком мало, сам судья назначал сумму примиренія. Вот римская частная пеня. Точку опоры для ея

[43a]) Отсюда в древнескандинавском правѣ ведет свое начало должность избраннаго обѣими партіями посредника, который опредѣляет размѣр суммы примиренія (arbiter в первоначальном римском смыслѣ), *Wilda*, Strafrecht der Germanen. S. 20.

[44]) Санскр. корень pac (связывать), отсюда санскр. paca (веревка). *Pott* a. a. O. B. 1 S. 267.

[45]) Слѣдовательно «pactum» и «Vertrag» (мировая. договор) первоначально указывают на одну и туже идею, именно на идею «мириться», «pacem condere». Это первоначальное понятіе pactum'a, которое предполагает слѣдовательно *уже существующее правовое отношеніе* и заключает в себѣ *уступку принадлежащаго* по всей строгости закона *права*, никогда нельзя оставлять без вниманія для римскаго права. Еслибы его имѣли постоянно в виду, то трудно было бы так глубоко вкорениться ложной теоріи об obligatio naturalis, происходящей, по позднѣйшему римскому праву, из pactum.

Digitized by Google

опредѣленія судья, как только что замѣчено, находил в обычаѣ и ближайшим шагом для усовершенствованія этого производства было раз навсегда составить на основаніи этих точек опоры тариф опредѣленных сумм примиренія, как это повторяется в столь многих правах. Для нѣкоторых преступленій мы находим уже в XII таблицах твердо опредѣленныя суммы, напр. для обид и для нѣкоторых случаев воровства, для других же напротив онѣ появляются только впослѣдствіи, в преторском эдиктѣ, напр. для furtum manifestum. Наконец при нѣкоторых преступленіях можно было по основательным причинам отступать от такого законодательнаго опредѣленія сумм примиренія, а именно чтобы дать судьѣ возможность по различію частных случаев назначать то высшую, то нисшую сумму. Этот образ назначенія предпочитали кажется при membrum ruptum, в позднѣйшее время приняли его также и для обид, ибо для них система «опредѣленных цѣн» не оказалась благонадежной.

Итак, во время XII таблиц эта система частных пень еще только образовывалась. Относительно нѣкоторых преступленій еще ясно признается прежнее право потерпѣвшаго на месть, хотя может быть в своем совершеніи и обусловленное позволеніем власти (возмездіе при membrum ruptum, передача во власть при furtum manifestum), для других опредѣленная денежная пеня уже заступила мѣсто мести. Хотя относительно этих послѣдних случаев нам не засвидѣтельствовано ясно, что прежде здѣсь имѣла силу частная месть, однако при furtum manifestum и membrum ruptum мы можем еще распознать дѣйствительный ход дѣла и он дает нам важное указаніе для всей системы частных пень вообще. А именно, хотя относительно их и просвѣчивает в XII таблицах ожиданіе, что всегда будет кончаться pacisci [46]), однако, как послѣднее средство, они всетаки допускают еще существованіе возмездія и отдачи во власть. Напротив в позднѣйшей практикѣ нѣт болѣе и рѣчи о примѣненіи этого крайняго средства [46]a); даже

---

[46]) Относительно возмездія они опредѣляют ясно: *ni cum eo pacit*, talio *esto*, относительно furtum мы знаем, не имѣя собственных слов, что XII таблиц упоминали о pacisci, I. 7 § 14 de pact. (2. 14).

[46]a) Подобный ход развитія от возмездія до вознагражденія убытков в нѣмецкомъ правѣ см. у *Stobbe*, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 37.

Digitized by Google

против воли партій судья назначает сумму примиренія. Это дѣлалось, как сообщает Геллій [47]), таким образом, что судья назначает возмездіе, а если отвѣтчик, qui depecisci noluerat, judici talionem imperanti non parebat, aestimata lite judex hominem pecuniae damnabat. Хотя этот способ, что судья сначала присуждал дѣйствительный предмет жалобы и потом оцѣнивал его, и чужд позднѣйшему праву, однако мы знаем из других свидѣтельств, что первоначально он был употребителен [48]).

Итак, по предъидущему, частныя пени римскаго права являются опредѣленными законом или обычаем цѣнами, за которыя первоначально существовавшая частная месть *могла* и *должна* была выкупаться. С этой точки зрѣнія объясняется, почему иски позднѣйшаго права о деликтѣ, как напр. actio legis Aquiliae о порчѣ или уничтоженіи вещей, даже насколько они имѣют предметом *чисто* вознагражденіе убытков, не могут быть обращаемы на наслѣдников преступника. Для нас странно, что совершеніе вознагражденія убытков понимается как наказаніе, и наше теперешнее право в этом отношеніи удалилось от римскаго [48]a). Эта странность объясняется однако совершенно удовлетворительно изложенным до сих пор взглядом. Порча чужих вещей есть преступленіе, вызывающее частную месть собственника. Но со смертью преступника месть прекращается, ибо его наслѣдник хотя и принимает его имущество и с ним его долги, однако не принимает его непріязней и распрей. Так как денежное наказаніе платится, чтобы избавиться от непріязни, то только преступник, а никак не наслѣдник его, имѣет причину внести эту сумму. Естественным слѣдствіем преступленія является не притязаніе на вознагражденіе убытков, но частная месть, послѣдняя же выступает из предѣлов простаго вознагражденія за убытки, потому что

---

[47]) Gellius XX. 1.

[48]) Gaj. IV § 48 «non ipsam rem condemnat, sicut olim fieri solebat». Точка зрѣнія pacisci не была исключена судейским принужденіем, существует вѣдь и вынужденное соглашеніе I. 6 § 3 de his qui not. (3. 2) qui *jussu* praetoris pretio dato *pactus* est.

[48]a) Тот же самый ход развитія въ англійском правѣ. *Rüttimann*, Der englische Civilprozess. S. 25.

Digitized by Google

рядом с вещью в то же время оскорблена и личность собственника, и если послѣдній заставляет платить себѣ poena или сумму примиренія, то она имѣет назначеніе быть замѣною мести, доставить страсти мести ея удовлетвореніе [48b]). По причинѣ этого *личнаго* направленія преступленія *вещественное* направленіе в римском правѣ совсѣм не достигло особеннаго признанія [49]).

3. СВИДѢТЕЛИ.

Интерес свидѣтелей в исходѣ самоуправства. — Гипотеза о первоначальном назначеніи свидѣтелей (testis = **помощник**). — testamentum in comitiis calatis.

XI[b]. Столь рѣшительнаго для исхода самоуправства предположенія — предположенія несомнѣнности притязанія — для всѣх притязаній, которыя основываются правовыми дѣйствіями, можно было достигнуть просто тѣм, что к послѣднему привлекали достаточное число свидѣтелей. Обрядовой формой для этого была форма *mancipatio*, как называлось дѣйствіе, когда оно имѣло предметом гарантированіе собственности или других абсолютных прав, или *nexum*, когда оно имѣло предметом установленіе строгих долговых требованій —

[48b]) Отсюда также ограниченіе уголовных жалоб коротким сроком, «долгое мѣшканье не соединимо с мщеніем, как выраженіем личнаго правоваго сознанія, послѣднее должно совершаться, так сказать, на свѣжем дѣлѣ» (*Demelius*, Untersuchungen aus dem römischen Civilrecht I, S. 23). Соотвѣтствующія этому опредѣленія сѣверных, скандинавских прав у *Wilda*, a. a. O. S. 165.

[49]) Что наслѣдник преступника должен возвратить то, что чрез преступленіе вошло в имущество его наслѣдователя и таким образом дошло до него по ходу наслѣдства, представляет только послѣдствіе принципа требованія возвращенія украденной вещи. Неоспоримо однако, что римское право, как это и утверждается в текстѣ, пренебрегло из за точки зрѣнія преступленія и лежащаго в ней требованія личнаго и духовнаго удовлетворенія точкой зрѣнія вознагражденія убытков, т. е. чистоимущественнаго, вещественнаго удовлетворенія, и пора бы знать, что в этом заключается основное различіе древнеримскаго и теперешняго пониманія и значительный успѣх послѣдняго. Приведеніе этой особенности в связь с системой частной мести попробовано здѣсь только мимоходом и объясняет ее только с *одной* стороны; с другой же стороны будет это сдѣлано во второй системѣ по поводу изслѣдованія об обязательственном основаніи римских обязательств.

Digitized by Google

вексельных требованій древнѣйшаго права. Там дѣйствіе было облечено в форму мнимой продажи *), здѣсь в форму мнимой ссуды. А именно в обоих случаях происходил мнимый счет в первобытной формѣ взвѣшиванія libripens'ом; в обоих случаях должны были присутствовать пять свидѣтелей. Дошедшая до нас форма этого дѣйствія есть явно позднѣйшая, так как libripens указывает на то время, когда металл уже сдѣлался *всеобщим* средством мѣны [59]), и так как в высшей степени вѣроятно, что пять свидѣтелей этого акта явились впервые вслѣдствіе устройства Сервія Туллія [50]a), как представители пяти классов ценза. Но в чем бы ни состояла древнѣйшая форма mancipatio, само свидѣтельствованіе принадлежит уже системѣ самоуправства, функція свидѣтелей здѣсь, на этой ступени образованія права несравненно существеннѣе и необходимѣе, чѣм на позднѣйших ступенях.

А именно, когда имѣющій право, пріобрѣтенное пред свидѣтелями, должен был из за него приступить к самоуправству, то прежде всего он обращался к свидѣтелям с просьбою о их нравственно дѣйствующем содѣйствіи, и послѣдніе были обязаны его доставить. Для позднѣйшаго права, в котором дѣятельность свидѣтелей сокращена до *свидѣтельствованія*, XII таблиц опредѣляют: qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium *fariatur*, improbus intestabilisque esto [51]); в системѣ самоуправства считался

---

*) Подробнѣе во II. 2. стр. 521.

[50]) Другое основаніе см. II стр. 526. Деньги, pecu-nia есть этимологически и вещественно образованіе из pecus, самаго первоначальнаго движимаго цѣннаго предмета; они были замѣной скота, который был самым древним средством обмѣна в Римѣ. Еще в относительно позднѣйшее время вели счет на скот, отсюда peculatus = воровство публичнаго скота. Рядом со скотом появляется и хлѣб — stips, отсюда stipendium (stipem dare) — плата. Aes с его производными aerarium, aestimare (переводить на мѣдь, т. е. цѣнить), как и aes militare (плата хлѣбомъ, переведенная на деньги), equestre, hordearium, принадлежит лишь относительно позднѣйшему времени; естественныя поставки всюду самыя раннія и мѣна древнѣе покупки.

[50]a) Пять свидѣтелей являются впрочем и в других мѣстах, напр. при убіеніи безобразнаго ребенка, Dionysius II, 15.

[51]) Gellius XV, 13, 11. Упрек в intestabilitas означал высшую степень вѣроломства и безчестности, intestabilis был мертв для сношеній. Gell. VII, 18 adeo intestabiles invisosque fuisse, ut taedium vitae ceperint necemque sibi con-

Digitized by Google

improbus и intestabilis тот свидѣтель, который отказывал в *фактическом* содѣйствіи при производствѣ дѣла. Теперь нужно подробнѣе доказать, что *этот* род содѣйствія заранѣе ожидался и требовался от свидѣтеля; здѣсь нужно однако вспомнить о вышеприведенном замѣчаніи, что навѣрно только в немногих случаях доходило до дѣйствительной дѣятельности, так как нравственное и физическое значеніе, которое сообщала притязанію имѣющаго права помощь свидѣтелей, подавляло в самом зародышѣ безполезныя попытки к сопротивленію.

Итак, мы должны доказать слѣдующее положеніе: призванный свидѣтель древнѣйшаго времени заранѣе обезпечивает заинтересованной сторонѣ свою помощь, или, выражая это одним словом, testis значит *поручитель* [52]).

В такое время, когда сторона сама осуществляет свое право, положеніе и задача призванных свидѣтелей по необходимости совершенно иныя, чѣм в такое время, когда судья берет на себя это осуществленіе. В этом послѣднем случаѣ, или когда свидѣтель только случайно присутствовал при свидѣтельствуемом актѣ, а не был призван намѣренно, он мог ограничиться простым *показаніем* того, что видѣл. Здѣсь дѣло зависит только от его *знанія* и потому обозначеніе его в германском правѣ, как *знающаго* [53]), совершенно вѣрно. Но совершенно иначе там, гдѣ дѣло зависит не от разго-

---

sciverint. *Случайный* свидѣтель не имѣет никакой обязанности, он может отказаться от свидѣтельства, но *призванный* есть лицо довѣренное «alligatus» (Isidori Orig. V, 23 testes quos quisque sibi alligat, ne cui sit postea liberum aut dissimulare aut subtrahere se, unde et *alligati* appellantur) и отказом в свидѣтельствѣ совершает самое постыдное нарушеніе довѣренности.

[52]) Интересную параллель представляет нам уголовный суд англійскаго права, при котором свидѣтели возводятся в судьи (*Gundermann*, in Note 26), для лучшаго доказательства, как легок при случаѣ шаг от простаго засвидѣтельствованія права до содѣйствія при его осуществленіи. Связь поручителей и свидѣтелей в древнѣйшем нѣмецком правѣ (Stobbe, in meinen Jahrb. 12, 150).

[53]) Древнее верхнегерм. gewizo (знающій) Kiwizida, giwiznessi, gewizscaf (свидѣтельство) англос. gevita, древнеск. vitus (свидѣтельство). Готское veitvôds (свидѣтель) также должно имѣть связь с vitan (вѣдать). Средневѣк. верхнегерм. geziuge, ziuc и т. д. и нижнегерманское getüge *Гримм* производит от ziehen (приводить), т. е. der *Zugezogene* (привлеченный).

Digitized by Google

воров и жалоб, а от дѣйствія; здѣсь простое говореніе призваннаго свидѣтеля не соотвѣтствовало бы оказанному ему довѣрію; истина, которую он должен свидѣтельствовать, покоится первоначально в кулаках. По этимологіи, как нѣмецкаго, так и латинскаго языка вѣрно (wahr) то, что доказывается на дѣлѣ, охраняется (*bewährt*, *gewahrt*) [54]); слѣдовательно истина то, за что ручаются, за что стоят. Если первоначальное понятіе истины таково, то свидѣтель преимущественно пред всѣми имѣет задачу *доказать* истину на *дѣлѣ* [54]a). С его стороны было бы трусостью не послѣдовать за стороной, идущей к противнику, чтобы добыть себѣ право, было бы трусостью покинуть ее там, если она встрѣчает сопротивленіе. Именно для этой цѣли, чтобы вмѣстѣ осуществить в его глазах основанное право, призвала его сторона; если она повсюду может достичь своего права только с помощью третьих лиц, на чью помощь может она имѣть болѣе справедливое притязаніе, чѣм не на помощь того, кто, как никто другой, убѣжден в ея правѣ? Testis этимологически есть «помощник» [55]). И при мнимой борьбѣ в reivindicatio сопутствуют с обѣих сторон товарищи (superstites); если это казалось нужным при мнимой битвѣ, то при дѣйствительном самоуправствѣ должно было быть тоже самое, а кто скорѣе должен был здѣсь сопутствовать, как не свидѣтели дѣла, давшаго повод к этому самоуправству? Также при началѣ процесса появляются с обѣих сторон помощники, и когда спор производится в судѣ, то их призывают к свидѣтельствованію (contestari; отсюда этот акт litis contestatio). Зачѣм? Для акта, совершавшагося пред претором (in jure), вѣдь не требовалось частных свидѣтелей, иначе нужно

---

[54]) Wahr, verus, вѣрный происходят от санскр. корня wri (покрывать, беречь), откуда также напр. готское varjan (оборонять), польск. wara, wiera, лит. wer-tas; а что оборонено, защищено и доказано на дѣлѣ (gewehrt, gewahrt, bewährt), то вѣрно (wahr). См. Pott a. a. O. B. I. S. 223.

[54]a) Потому древнее требованіе от свидѣтелей гласит при testamentum per aes et libram не o fari, но o testimonium *perhibere*.

[55]) На мѣсто испробованнаго мной в первом изд. бездоказательнаго производства testis от tegere я принимаю противопоставленное этому в рецензіи *Ланге* на этот том (замѣчаніе 6) стр. 43 производство Боппа, который объявляет testis удвоеніемъ sta. По этому testis есть «помощник» как в текстѣ «superstites». С этим находится в связи и antistes.

Digitized by Google

было бы при каждом другом актѣ пред претором, напр. при confessio in jure, при in jure cessio и т. д. равным образом приводить и вызывать свидѣтелей, между тѣм как об этом нигдѣ нѣт и рѣчи. Эти свидѣтели суть древніе помощники при самоуправствѣ, идущіе теперь вмѣстѣ с сторонами пред претора.

Свидѣтель древнѣйшаго права, еще долго удерживавшійся в mancipatio, а в формѣ завѣщанія, свойственной новѣйшему римскому праву, даже переживший послѣднюю, есть *торжественный свидѣтель* (testis, solemnitatis causa adjectus), т. е. привлеченіе его подлинно необходимо для самого дѣла, свидѣтель принимает въ нем участіе, есть содѣйствователь и как таковой должен быть приглашен к участію и должен объявить себя готовым к этому. Кто только присутствовал при актѣ, не быв привлечен к нему, не есть торжественный свидѣтель, хотя бы он мог дать самое достовѣрное свидѣтельство. Тоже самое имѣет силу для лиц женскаго пола; по достовѣрности онѣ стоят не ниже мущины, но им недостает его физической силы, которой он в случаѣ нужды *доказывает на дѣлѣ* свои слова, по причинѣ этого недостатка онѣ не годятся ни для опеки, при которой в древнѣйшее время равным образом потребна была физическая сила, ни для свидѣтельства. При торжественном свидѣтельствѣ дѣло не зависит от достовѣрности, потому участники могут привести собственных родственников и напр. еще в новѣйшем правѣ завѣщаніе имѣет силу, если всѣ приведенные свидѣтели суть братья назначеннаго наслѣдника [55]a). Всѣ эти положенія не согласуются с той точкой зрѣнія, что достоинство свидѣтеля заключается в его *знаніи*, но они вполнѣ объясняются, если исходить от нашей точки зрѣнія, — что свидѣтель древнѣйшаго времени должен брать на себя гарантію дѣла.

Немаловажную поддержку гипотезѣ, развитой в предъидущем, доставляет testamentum in comitiis calatis. Спорят о том, подавал ли народ голос при этом способѣ совершенія завѣщанія или испол-

---

[55]a) В одном новѣйшем сочиненіи сомнѣваются в вѣрности сказаннаго в текстѣ. Если бы хулитель обратил вниманіе на различіе между «родственниками», о которых я говорю в текстѣ, и личностями, находящимися в patria potestas, то он мог бы оставить при себѣ свое замѣчаніе.

Digitized by Google

нял только функцію свидѣтеля [55b]). Когда сторонники этого послѣдняго взгляда ссылаются на выраженія testari, testamentum [56]), причем предполагают, что в основаніи их лежит понятіе обыкновеннаго свидѣтельства, то по моему мнѣнію доказательство надо принимать наоборот и говорить: testis, testari и т. д. в древнѣйшее время имѣли другое значеніе, так как немыслимо, чтобы весь римскій народ при этом совершеніи завѣщанія играл роль обыкновеннаго свидѣтеля. Зачѣмъ бы в цѣлом мірѣ для простой цѣли засвидѣтельствованія факта привлекать свидѣтелем весь народ? В самом дѣлѣ нельзя понять этого практическаго народа, как это для достиженія цѣли, которой можно было достигнуть самым простым образом посредством нѣскольких свидѣтелей, он установил способ, сопровождавшійся длинными проволочками, и в высшей степени обременительный, как для народа, так и для завѣщателей. Эти комиціи собирались только два раза в год, других же свидѣтелей можно было привести, когда только была необходимость, или когда случай приводил к окончанію какое нибудь дѣло. Зачѣм же ждать полгода из за простаго свидѣтельства?

Нѣт, народ должен был предлагать нѣчто иное, чѣм простое свидѣтельство, и его дѣятельность состояла не в простом слушаніи, но требовала и собиранія голосов, завѣщаніе одобрялось lex'ом, также как и близко родственная ему аррогація, относительно которой

[55b]) За первый взгляд стало недавно раздаваться все болѣе и болѣе голосов, в особенности полновѣсный голос *Th. Mommsen*, Röm. Gesch. I. S. 156 (Aufl. 4), который совершенно вѣрно называет завѣщаніе освобожденіем от законнаго наслѣдничества. Противники его, кажется, совсѣм не почувствовали важности основаній, на которыя он опирается, основанія же, на которыя они ссылаются для подтвержденія собственнаго взгляда, в высшей степени слабы и поверхностны и мало могли выиграть и при новѣйшей защитѣ этого взгляда (Ludw. *Lange*, Röm. Alterth. Bd. 1 Aufl. 2). *Becker*, Handb. d. röm. Alterth. II. S. 369 запутывается в противорѣчіи; с одной стороны он отвергает право народа давать рѣшенія, с другой однако думает, «что хотѣли публичностью предотвратить возможныя возраженія *послѣ* смерти завѣщателя, так как противорѣчіе должно было быть поднято в самом собраніи» — ! чѣм он само собою признает, что народ в случаѣ такого противорѣчія мог отказать в своем одобреніи.

[56]) Напр. *Dernburg* (старшій), Beiträge zur Geschichte der römischen Testamente S. 16 u. fl.

Digitized by Google

это ясно засвидѣтельствовано [56]a). Та точка зрѣнія, что завѣщаніе есть lex, удержалась в нѣкоторых мѣстах еще и в позднѣйшем правѣ. К свидѣтелям завѣщанія, как к народу при предложеніи закона, обращается «rogatio», дѣятельность завѣщателя обозначается словом «legare» [56]b), его распоряженія должны быть сдѣланы в повелительной формѣ и в своих матерьяльных послѣдствіях завѣщаніе имѣет, как это можно будет доказать только во второй системѣ, несравненно бо̀льшую силу, чѣм частная сдѣлка, обнаруживает дѣйствіе, которое кромѣ того присуще только законам и от народа исходящим мѣрам [57]). С точки зрѣнія древнѣйшаго права мы можем с двух различных сторон прійти к заключенію, что утвержденіе завѣщанія рѣшеніем народа представляет послѣдовательность этого права. Во-первых со стороны семейнаго принципа, как требуемая интересом рода мѣра обезпеченія против произвола завѣщательных распоряженій — об этом будет рѣчь в § 14, — во-вторых со стороны разсматриваемаго здѣсь субъективнаго принципа, как мѣра, требуемая собственным интересом завѣщателя. Именно при завѣщаніи, как нигдѣ, представлялось особенно полезным поставить сдѣлку под гарантію всего народа вмѣсто гарантіи простых частных свидѣтелей. Ибо завѣщаніе болѣе, чѣм какая бы то ни было другая сдѣлка, захватывало и нарушало множество интересов не только отдѣльных частных лиц, но и цѣлых родов, встрѣчало слѣдовательно несравненно болѣе сильное сопротивленіе, чѣм какая бы то ни было другая сдѣлка. Потом завѣщаніе является единственным в своем родѣ, так как может прійти в исполненіе только послѣ смерти распоряжающагося, так как в нем слѣдова-

---

[56]a) Gell. V, 19 per populi rogationem, гдѣ в тоже время сообщается формула рогаціи.

[56]b) Так в извѣстном положеніи XII т. uti legassit de pecunia tutelave suae rei, здѣсь legare означает legem ferre. Значеніе выраженія, как извѣстно, дѣлается въ позднѣйшее время болѣе узким.

[57]) Для примѣра я обращу здѣсь вниманіе на два пункта. Получающій по завѣщанію пріобрѣтает собственность завѣщанной вещи ipso jure без ввода во владѣніе, что в других случаях встрѣчается только при пожалованіи народом или его повѣренными. Далѣе, каждая правовая сдѣлка древняго права вступает *тотчас* в дѣйствіе, завѣщаніе же распоряжается, как закон, будущими отношеніями. III, 1, 169, 170.

Digitized by Google

тельно заключается *бывшая* воля *теперь* лишеннаго воли; воля изъявляет здѣсь притязаніе имѣть принудительную силу за своим естественным предѣлом. Как ни мало удивляемся мы этому в настоящее время, как ни мало удивляло это позднѣе Римлян, тѣм не менѣе первоначально едва ли свобода завѣщанія казалась естественной. Многіе народы никогда не могли возвыситься до этой идеи, лучше сказать, навсегда оставались в существенном при беззавѣщательном наслѣдованіи: неужели правовое воззрѣніе древнѣйших Римлян было столь ненормально развито, что им с самаго начала казалось естественным то, чего другіе народы были лишены навсегда? Нѣт, именно то воззрѣніе, которым мы здѣсь занимаемся, именно то вліяніе физическаго момента в правѣ дѣлаетъ болѣе, чѣм вѣроятным, что и Римляне первоначально смотрѣли на то, что субъективная воля простирается за предѣлы физическаго существованія лица, как на нѣчто выходящее из порядка вещей, непомѣрное, не лежащее само по себѣ в субъективном правѣ. Но так как тѣм не менѣе, как мы это увидим в § 14, именно упорная послѣдовательность римскаго семейнаго принципа вызвала необходимость завѣщательных распоряженій, *навязала* Римлянам завѣщанія, то всего проще было избѣжать споров о дѣйствительности только пред частными поручителями высказанной послѣдней воли тѣм, что ее ставили под поручительство всего народа, т. е. просили lex для ея подтвержденія. Как при каждом другом рѣшеніи, происходила и здѣсь rogatio к народу, и так как послѣдній подавал голос, то, само собой разумѣется, мог точно также отказать в этом одобреніи, как и дать его. Завѣщатель достигал вслѣдствіе пожалованія этого одобренія такой надежности в послѣдующем исполненіи своей воли, какой ему никогда не могло бы доставить приведеніе еще стольких же свидѣтелей к сдѣлкѣ, которая сама по себѣ выходила из порядка вещей и юридически была сомнительна.

Мѣсто testamentum in comitiis calatis впослѣдствіи занимает testamentum per aes et libram (т. е. форма mancipatio). Развѣ при этом уже отбросили в сторону первоначальную идею, что завѣщаніе нуждается в гарантіи народа? Если пять свидѣтелей mancipatio, как повсюду принято, являются представителями пяти классов ценза римскаго народа, то завѣщаніе чрез mancipatio остается вѣрным этой первоначальной идеѣ, его сила покоится тогда на одобреніи народа,

Digitized by Google

данном его представителями. Понятно, что это значенiе пяти свидѣтелей, как представителей народа, получает высшую степень вѣроятности при существованiи случая, в котором они видимым образом заступают мѣсто всего народа. Если мы послѣдуем за той идеей, что эти свидѣтели представляют народ, далѣе, то прiйдем к результату, что mancipatio [58]) есть средство легким способом даровать правовым сдѣлкам характер общественной гарантiи. Может быть раньше имѣли обыкновенiе, подобно тому как при завѣщанiях, обезпечивать за собой покровительство народа и при важнѣйших распоряженiях между живущими; но в чем бы здѣсь ни состояло дѣло, всетаки основанныя чрез mancipatio права опираются на авторитет народа, мы можем назвать их «публично гарантированными» [58]a).

Если сказанное вѣрно, то приведенiе testes во всѣх сдѣлках, совершаемых чрез mancipatio, имѣет слѣдствiем приведенiе к участiю в них не только testes, но, вышеприведенным способом, чрез них и весь народ. Оскорбленiе, нарушенiе такого права, сопротивленiе самоуправству, на его основанiи предпринятому имѣющим право, есть поэтому нападенiе на римскiй народ, посягательство на признанный правовой порядок. Но развѣ во всѣх этих случаях право постоянно очевидно? Относительно должника, который в формѣ nexum обязался уплатить полученную или признанную полученной сумму, оно без сомнѣнiя очевидно; он сам уже произнес себѣ приговор. Напротив при mancipatio право зависит не только от акта, но в тоже

---

[58]) Уже выше замѣчено, что nexum представляет только примѣненiе mancipatio к обязательственным цѣлям, почему nexum и не нуждается в особом упоминанiи.

[58]a) За мысль, что посредством пяти свидѣтелей, представляющих народ в его пяти классах, сдѣлка, совершаемая чрез mancipatio, поставлялась под публичный *авторитет*, высказался теперь и *Bethmann-Hollweg*, Der Civilprozess des gemeinen Rechts Bd. 1. 1864. S. 157. Не велико различiе, говорят ли с ним: передача собственности происходила «при публичномъ *удостовѣренiи*», она опиралась «на свидѣтельство народа», или со мной: она ставилась под *гарантiю* народа. Кто желал имѣть народ свидѣтелем, стремился этим самым к высшей цѣли, чѣм к какой стремимся мы в настоящее время при наших свидѣтелях — это прошу я всегда принимать в соображенiе при повѣркѣ моего взгляда.

Digitized by Google

время и от собственности отдающаго. Возможно, что послѣдній украл вещь, и что мнимо имѣющій право противостоит настоящему или равным образом мнимо имѣющему право. Тогда приходит по пяти свидѣтелей с обѣих сторон, которые и свидѣтельствуют об актѣ mancipatio (superstites). Должно ли здѣсь дойти до самоуправства? Оно было бы чистым игралищем силы, болѣе сильный побѣдил бы. Тогда правительство вмѣшивается в борьбу и полагает ей конец (mittite ambo hominem); спор кулаков, manum conserere, кончается введеніем процесса (§ 12).

4. ФОРМЫ И ОБЛАСТЬ ЗАКОННАГО САМОУПРАВСТВА.

Торжественныя формы самоуправства: manus injectio **и** pignoris capio. — **Процессуальное оспариваніе их законности (производство опроверженія и доказательства). — Безформенное самоуправство.**

XI c) Самоуправство является в древнѣйшем правѣ в трояком видѣ: как самоуправство *торжественное*, связанное с соблюденіем извѣстной формы; как самоуправство *безформенное*, при котором формы не требовалось, и как чисто *мнимый акт*, в котором оно сведено к *одной только* формѣ. Первый вид самоуправства, который, подобно третьему, вполнѣ вымер в новѣйшем правѣ, будет главным предметом послѣдующаго изслѣдованія, причем мы ограничимся, не упоминая о менѣе важных актах, двумя главными его случаями: manus injectio и pignoris capio.

Внѣшняя сторона двух этих актов всѣм извѣстна. Manus injectio состояла в завладѣніи личностью должника, pignoris capio во взятіи в залог его вещей; одна слѣдовательно была актом взысканія, направленнаго на лице, другая — актом взысканія, направленнаго на *вещи*, на имущество. Обѣ были связаны с извѣстными предположеніями и формами, которыя нас здѣсь далѣе не интересуют. Напротив того есть другой пункт, до сих пор еще не нашедшій надлежащаго вниманія и именно потому вызывающій нас к болѣе подробному изслѣдованію.

При описаніи древнѣйшаго процесса legis actio Gajus (IV, 12) сообщает, что было пять *видов* его (‹modi quibus lege agebatur›)

Digitized by Google

и в числѣ их называет legis actio per manus injectionem и per pignoris capionem. Если бы послѣднія были лишь актами торжественнаго самоуправства, еслибы онѣ не могли приводить к процессуальному производству, то в моих глазах никак нельзя было бы избавить от упрека в грубой логической ошибкѣ ту классификацію, которая ставит их на одну линію с прочими видами процесса. Вѣдь невозможно же было назвать видом *процесса внѣсудебную* конфискацію, исполненіе произнесеннаго приговора чрез manus injectio новым процессом.

Наша наука, насколько мнѣ извѣстно, до сих пор еще ни разу не остановилась пред этим сомнѣніем, во всяком случаѣ не сдѣлала попытки от него освободиться. В особенности legis actio per pignoris cap. понимается рѣшительно повсюду, как внѣсудебный акт самоуправства, при котором дѣло никогда не доходило до процесса [59]). Послѣдующее изложеніе имѣет цѣлью доказать, что обѣ названныя legis actiones в самом дѣлѣ были дѣйствительными видами процесса. Конечно не безусловно, как три остальныя, а только тогда, когда у заимодавца оспаривалось право приступить к самоуправству. В этом случаѣ дѣло доходило до процесса, в котором заимодавец должен был доказать оспариваемое у него право, оправдать односторонне предпринятый акт. В противоположном случаѣ процесса не требовалось.

Относительно manus injectio ясно свидѣтельствует нам об этом Gajus (IV, 21—25). Совершивши этот акт над должником, гдѣ бы он этого ни нашел, заимодавец должен был вести его перед суд [59]a) — не для того, как это приняли, чтобы здѣсь претор присудил его ему во владѣніе (addicere) [59]b) — но потому, что окончательное рѣ-

---

[59]) *Puchta*, Cursus der Instit. II, § 162; *Keller*, Röm. Civilprozess, § 20; *Rudorff*, R. Rechtsgesch. § 25. Послѣдовательно проводя эту мысль, *Bethmann-Hollweg*, a. a. O. S. 90 даже исключил pignoris capio из системы древняго процесса, и разсматривает ее по поводу самоуправства.

[59]a) Слова XII таблиц у Gell. XX, I, 45: aut quis *endo* in *eo jure* vindicit. (Bruns fontes juris Rom. ant. p. 16).

[59]b) В XII таблицах о присужденіи (addictio) магистратом нѣт и рѣчи, здѣсь просто сказано: ni judicatum facit aut quis endo eo in jure vindicit, *ducito*; а также Gaj. IV, 20 говорит: qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur и точно также § 25 там же, не упоминая о направленном на это

Digitized by Google

шеніе о дальнѣйшем ходѣ дѣла могло послѣдовать только пред судом. Если должник покорялся, то суду не было до него далѣе никакого дѣла. Заимодавец вел его к себѣ в дом и налагал на него оковы, не нуждаясь для этого в правительственном уполномоченіи. Да и к чему? он вѣдь сознался и знал, что его ожидало.

В противоположном случаѣ однако, если он сопротивлялся manus injectio, я подразумѣваю не фактическое, но правовое сопротивленіе, т. е. если он оспаривал существованіе ея предположеній: существованіе, сумму долга, соблюденіе законных сроков, одним словом, ея *законность*, то в этом случаѣ по праву XII таблиц дѣло зависѣло от того, находил ли он кого либо, кто бы вмѣсто него захотѣл взять на себя этот процесс; он сам не допускался, как часть процесса; с его представителем, с *vindex*'ом, процесс тотчас начинался в судѣ. Но за то, что этот остановил взысканіе заимодавца, он, в случаѣ проигрыша процесса, подвергался такому же наказанію, как и должник, слѣдовательно рядом с ним, из чего ясно, что в этом процессѣ он занимал роль отвѣтчика. Если vindex'а не находилось, то сопротивленіе должника было недѣйствительно; он точно также, как и в первом случаѣ, уводился заимодавцем. Суровость этого учрежденія совсѣм не так велика как это может показаться с перваго взгляда. Чье дѣло было право и кто мог убѣдить в этом своих друзей и родственников, тот не так то легко оставался без vindex'а; считалось долгом чести поспѣшить в подобных случаях на помощь угнетенному родственнику (§ 14). Если в их средѣ никого не было достаточно свѣдущаго в правѣ, чтобы вести процесс, то не трудно было найти годную личность, избавивши ее только от риска, слѣдовательно вручив

распоряженіи претора. Я предоставляю разсудить читателю, может ли в виду этих важных свидѣтельств выказывать притязаніе на особенный авторитет сообщеніе Gellius XX, 1, 44 ad Praetorem ducebantur et ab eo.... addicebantur. Если *von Bethmann-Hollweg*, a. a. O. S. 118 Note 12 спрашивает: «Но зачѣм же это in jus ducere, если истец не нуждался в признаніи своего права государством?» то я сошлюсь на замѣчаніе 59а: Vindex может появиться только in jure, и так как каждая manus injectio должна оставить открытой возможность его появленія, то окончательный исход ея может быть рѣшен только in jure. Из этого видна неосновательность различія, которое дѣлает тот же писатель на стр. 160 между judicatus и nexus.

Digitized by Google

или обезпечив ей необходимую для расходов сумму. Только если подсудимый и сам не имѣл средств таким образом пріобрѣсти vindex'a, и друзей или родственников не мог склонить тѣм или другим способом принять в нем участіе, только в таком случаѣ ему был отрѣзан путь права. Но развѣ уже именно тѣм, что он никого не мог найти, кто встал бы на его сторону, даже между тѣми, которых обычай и честь обязывали стоять за него в правом дѣлѣ, развѣ уже самим этим не был ему произнесен приговор? Это отношеніе было совершенно подобно тому, как еслибы в германском процессѣ кто либо не мог найти Consacramentalen. Оба института, и vindex и Consacramentalen, имѣли совершенно одинаковую цѣль, цѣль гарантіи против вздорнаго веденія тяжб; они ставили спорящую сторону под контроль ея друзей и родственников. Позднѣйшіе законы создали в римском процессѣ для извѣстных случаев облегченіе, позволив подсудимому: manum sibi depellere, т. е. выступать своим собственным vindex'ом (manus injectio pura). Введеніе этого новаго вида процесса и удержаніе того же имени было бы необъяснимо, если бы самое характеристичное первоначальнаго производства: наказаніе, постигавшее проигравшаго vindex'a, не было удержано; с правом vindex'a на подсудимаго перешла и его отвѣтственность [59]c).

Из предъидущаго ясно, что о legis actio per manus injectionem в смыслѣ *вида процесса* можно было говорить только тогда, когда подсудимый с vindex'ом или без онаго оспаривал законность manus injectio; только *здѣсь* дѣйствовал претор, только здѣсь доходило до судебнаго спора и до рѣшенія. Напротив того в противоположном случаѣ ничего подобнаго не происходило, лучше сказать, manus injectio была тогда не болѣе, как торжественный акт само-

---

[59]c) Точно также *Keller*, Civilprozess § 19 и *Bethmann-Hollweg*. a. a. O. S. 163; также *M. Rudorff*, Röm. Rechtsgesch. II, § 24. Как примѣры manus injectio pura Gaj. IV, 23 называет lex marcia adversus feneratores и lex Furia testamentaria; в обѣих ясно обозначено денежное взысканіе за суетное веденіе тяжбы, III, 105 (которое возвысилось здѣсь до четвертнаго штрафа). Это слѣдствіе, выраженное в позднѣйшее время словами: lis inficiando crescit in duplum, было введено и в такіе случаи, гдѣ manus injectio никогда не существовала.

Digitized by Google

управства. Развѣ рискованна догадка, что при употребленіи вышеприведеннаго выраженія пред глазами древних юристов носился только первый случай. В изложеніи Гая «vindicem dare, qui pro se causam agere solebat» является очевидно нормальным, является тѣм, что ближе всего примыкает к manus injectio, «domum duci et vinciri» называет он только во втором ряду, а при manus injectio pura он не упоминает об этом вообще ни разу.

Необходимость такого различенія между manus injectio, как видом процесса и как торжественным актом самоуправства не мало поддерживается тѣм, что выраженія: manus injectio и manus injicere нерѣдко употребляются как писателями юристами, так и неюристами исключительно в послѣднем смыслѣ; особенно в примѣненіи к рабам [60]), по поводу vindicatio in servitutem и при осуществленіи прочих прав — случаи примѣненія, при которых с полным правом оспаривали существованіе legis actio (в смыслѣ процессуальнаго производства) [60]a). Для нашей настоящей цѣли эти случаи примѣненія имѣют во всяком случаѣ интерес свидѣтельства, что область manus injectio, как законно дозволеннаго акта самоуправства, не совпадает с той сферой, в которой она появляется у Гая, а именно в примѣненіи к взысканію долгов [61]).

В этом послѣднем направленіи неоспоримый долг существовал по древнѣйшему праву в трех случаях, а именно на основаніи per aes et libram основаннаго требованія (Nexum [62]), к чему относился

---

[60]) Богатый матерьял у Brissonius de form. V. c. 19, к которому можно еще прибавить Seneca de constant. c. 5, bona, in quae non est manus injectio и de vita beata c. 23 nihil, quo manus injiciat. Цитаты о manus injectio в примѣненіи к рабам см. у *Rudorff*, Röm. Rechtsgesch. II, § 24.

[60]a) *Rudorff*, a. a. O.

[61]) В *этом* дальнѣйшем смыслѣ опредѣляет Serv. ad. Virg. X, 419: Manus injectio dicitur, quoties nulla judicis auctoritate exspectata rem nobis debitam vindicamus.

[62]) Относительно подробностей я укажу на руководства по исторіи римскаго права. XII таблиц признали nexum законнообязательным (Si nexum facit mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto), по поводу manus injectio упоминают однако только о двух других случаях (aeris confessi rebusque jure judicatis). Если не хотят ложным образом допустить, что в первом случаѣ ближайшія подробности взысканія, в особенности «dies justi», были вполнѣ предоставлены соглашенію сторон, то в «aeris confessi» можно видѣть указаніе на nexum.

Digitized by Google

также отказ [legatum] в завѣщаніи; другой мнимый случай см. ниже), потом на основаніи confessio in jure и наконец на основаніи приговора.

По теперешнему пониманію случай судебнаго присужденія должно было бы поставить наперед других, так как по этому пониманію судебный приговор есть нормальное предположеніе взысканія, остальные же случаи manus injectio кажутся ему только такими, на которые перенесена сила судебнаго приговора. Для нашего теперешняго времени и для времени классических римских юристов это пониманіе совершенно вѣрно, послѣдніе прямо называют клятву и признаніе замѣною судебнаго приговора. Но я считаю положительно ложным переносить такое пониманіе в древнѣйшее римское право [63]); отношеніе между судебным приговором и признаніем и т. д. было здѣсь прямо противоположное. Судебный приговор основывал свою силу только на том, что подсудимый наперед признавал его обязательным. Вмѣсто того, чтобы, слѣдуя тому взгляду, сторонѣ вести свое право на manus injectio посредственно или непосредственно от суда, наоборот послѣдній принимал, как мы это увидим позже, все свое уполномоченіе на власть из руки партій.

Подлежит спору, не достигала ли manus injectio примѣненія еще и в других случаях. Так прежде всего в случаѣ присяги [63]a). Если бы пониманіе позднѣйших римских юристов, которые ставили присягу наравнѣ с приговором [63]b), могло быть руководящим, то на вопрос надо было бы отвѣчать утвердительно; для in jure учиненной присяги слова «aeris confessi» давали даже законную точку опоры, ибо кто обѣщался заплатить под условіем, что противник

---

[63]) Выводить изъ Gaj. IV, § 21—23 заключеніе, что по образцу manus injectio judicati *каждая* другая называлась в *древнѣйшем* правѣ pro judicato, чѣм был бы доказан вышеприведенный взгляд, я считаю ложным. Ибо Gajus ограничивается при своем изложеніи species'ами manus injectio *judicati* и *их* подражаніями, которыя он и называет pro judicato; напротив того о других случаях примѣненія manus injectio в древнѣйшем правѣ, из которых manus injectio из за nexum уже рано сдѣлалась непрактичной, он нигдѣ не говорит.

[63]a) Отрицается *Rudorff'ом*, Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. XIV, S. 347 fl. und Rechtsgesch. a. a. O., утверждается мной в первом изданіи этого сочиненія.

[63]b) См. цитаты в примѣчаніи 70.

Digitized by Google

даст клятву, послѣ исполненія условія должен был считаться, как confessus. Что посредством судебнаго признанія можно было не только признать существующій долг, но и основать и несуществующій, в том не может быть и сомнѣнія [63]c).

Другой сомнительный случай, который хотѣли приклеить сюда же [63]d), есть случай actio auctoritatis. Кто продал и манципировал res mancipi, ручался за двойную продажную цѣну в случаѣ отнятія ея по суду. Обстоятельство, что этот иск с самого начала был направлен на двойное [63]e), а не возвышался до этой суммы вслѣдствіе отпирательства, точно также как и то, что он был обусловлен *дѣйствительной* уплатой продажной цѣны, что и требовалось доказать, исключает в моих глазах мысль о manus injectio. Если бы послѣдняя достигала здѣсь примѣненія, то эта двойная сумма должна была бы еще раз удвоиться, что также мало вѣроятно, как и засвидѣтельствовано. Вѣрнѣе можно привести двойное денежное взысканіе в связь с идеей furtum nec manifestum; продавец дѣлал попытку лишить покупателя продажной цѣны.

В XII таблицах допускалась manus injectio и против того, кто отказывался повиноваться объявленной ему in jus vocatio. Было ли это manus injectio в приведенном нами выше смыслѣ? [63]f)

При этом предположеніи подсудимый считался бы сознавшимся или осужденным и мог бы начать процесс только посредством vindex'а вышеприведенным способом. Или manus injectio означала здѣсь только примѣненіе физической силы? [64]) За первое предположеніе говорит потребность угрозы наказаніем такому сопротивленію [64]a); если послѣднее было безнаказанно, то подсудимый

---

[63]c) На это обращает вниманіе *Bethmann-Hollweg* a. a. O. S. 157. Для меня весьма сомнительно, вправду ли «законный срок платежа мог быть легко продолжен побочными условіями до дня истеченія срока долга», могли ли слѣдовательно triginta dies justi закона укорачиваться или удлинняться.

[63]d) *Bethmann-Hollweg*, a. a. O. S. 161.

[63]e) Так по крайней мѣрѣ свидѣтельствует Paul. S. R. II, 11, 3.

[63]f) Так принимает *Puchta*, Cursus der Instit. II, § 160.

[64]) Так принимает *Keller*, Der röm. Civilprozess § 46, *Rudorff*, Röm. Rechtsgesch. II, S. 209, *Bethmann-Hollweg*, a. a. O. S. 106.

[64]a) В позднѣйшем правѣ признанная: I, 2 § 1 si quis in jus vocat. (2. 5) ex causa..... multa..... damnabitur. Gaj. IV, 46. Потребность наказанія чув-

Digitized by Google

мог постоянно пытаться избѣгнуть in jus vocatio и тѣм препятствовать вчиненію процесса. И развѣ дѣлали ему какую нибудь несправедливость, видя безмолвное согласіе в его отказѣ допустить дѣло до судебных преній? [64]b)? Противники этого взгляда могут противопоставить ему только недостаток яснаго свидѣтельства. Для вопроса о распространеніи самоуправства в древнѣйшем правѣ эта разница не имѣет впрочем никакого интереса; довольно того, что истец и в этом случаѣ был уполномочен к примѣненію силы.

Обратимся теперь к pignoris capio, по которой носит имя пятая legis actio в изложеніи древняго процесса у Гая. Для извѣстных требованій отчасти религіознаго, отчасти военнаго, отчасти политическаго характера имѣющій право мог брать залог односторонне, без содѣйствія правительства и даже в отсутствіе противника (Gaj. IV, 27, 28) — вид самоуправства, который перенесли с собой из первобытнаго времени подобно римскому и многія другія права [64]c). Как выше замѣчено, эту legis actio понимают рѣшительно повсюду, как чистый акт самоуправства, при котором дѣло никогда не доходило до судебнаго производства. Полагают, что имѣющій право продавал залог, если его не выкупали; относительно выкупа существовали однако опредѣленныя правила.

Несомнѣнно, что взятіе в залог *могло* принять этот ход; к чему процесс, если залогодатель признавал право противника? Но если этого не было, как же тогда? Господствующее мнѣніе совсѣм, кажется, и не подумало об этой возможности, да и Гай не упоминает о ней. И всетаки ясно, что древнее право должно было принять и ее в уваженіе, ибо иначе каждый мог бы брать залог на удачу и залогодатель должен был бы терпѣть. Legis actio per pignoris capionem без гарантіи ея законности, т. е. без производ-

---

ствуется, кажется, даже защитниками противоположнаго взгляда, так напр. *Rudorff*, a. a. O. для древнѣйшаго времени говорит о «столь же недостаточных, сколько и мятежных явленіях».

[64]b) Liv. III, 57, si ad judicem non eat, *pro damnato* in vincula duci jubere.

[64]c) Так напр. *греческое* (*Heffter*, Athen. Gerichtsverfahren S. 454, *Meier* und *Schömann*, Attischer Prozess S. 747), германское и англійское (*Wilda*, Zeitschr. für deutsch. R. I, S. 167 fl., *Rüttimann*, der englische Civilprozess S. 10 fl.). Датское (в пользу публичных налогов). *K. Maurer*, Krit. Vierteljahrsschr. 13, 372.

Digitized by Google

ства, имѣющаго предметом повѣрку ея законности, была бы льготной грамотой на предпринятіе произвольных конфискацій, на грабеж и разбой. Короче, то, что нам ясно засвидѣтельствовано для взысканія, направленнаго на лице, должно было имѣть силу и для направленнаго на вещи; как к акту manus injectio, так и к акту pignoris capio должно примыкать в случаѣ нужды производство, имѣющее цѣлью повѣрку их законности. Трудно считать рискованной догадку, что это производство, так же, как вчиненное о manus injectio называлось legis actio per manus injectionem, по имени акта, который давал к нему повод, было названо *legis actio per pignoris capionem.*

Можно было бы теперь представить себѣ это таким образом, что залогодатель занимал бы при этом роль истца, нѣчто в родѣ act. negatoria. Однако, как я думаю, можно сдѣлать болѣе, чѣм вѣроятным, что на дѣлѣ было как раз противное. К требованіям, которыя во времена процесса legis actiones имѣли привилегію pignoris capio, принадлежали и требованія сборщиков податей об уплатѣ пошлин (Gaj. IV, 28). Эта привелегія была оставлена за ними и послѣ введенія формулярнаго процесса [65]), и до нас дошла замѣтка (Gaj. IV, 32) о процессуальном видѣ, который она здѣсь имѣла. Сборщик податей просил на залогодателя о выкупѣ залога по цѣнѣ, издавна для этого принятой, слѣдовательно очевидно о бо̀льшем, чѣм о простом размѣрѣ пошлины. Если теперь Гай обозначает этот иск как actio fictitia, которая была образована по образцу legis actio per pignoris capionem [66]), то эта фикція может имѣть двойной смысл, или сборщик имѣет право иска, даже когда он не брал залога, как будто бы он это сдѣлал, — или же он имѣет право иска, только когда он взял залог, как будто он это сдѣлал по древнему праву. Не исключая перваго предположенія, я думаю всетаки осмѣлиться защищать и второе ссылкою на цитату из Цицерона в примѣчаніи 65. Если Цицерон соблюдал здѣсь извѣстное юридическое словоупотребленіе, по которому petitor означает истца, possessor отвѣтчика, то словами: quum in his omnibus publicanus *petitor ac pignerator*, non

---

[65]) Так напр. Cic. in Verrem III, 11, 27: publicanus petitor ac *pignerator*.

[66]) Это также явствует в особенности из противоположности § 33 там же: nulla autem formula ad *condictionis* fictionem exprimitur.

Digitized by Google

ereptor neque *possessor* soleat esse приписал он и *взявшему залог* сборщику податей роль истца [67]).

Этот то иск, засвидѣтельствованный для формулярнаго процесса, я и переношу как legis actio per pignoris capionem в процесс legis actiones. Но к чему, могут спросить, такой иск? Развѣ, чтобы принудить противника к выкупу, а именно предположив, что заимодавцу не было предоставлено по своей волѣ продавать залог? Это предположеніе с точки зрѣнія древнѣйшаго права вовсе не представляет невѣроятности, ибо извѣстно, что даже залог, данный по договору, не заключал в себѣ первоначально права продажи; во сколько же раз менѣе, можно бы заключить, захваченный одной стороной. Но в чем бы ни состояло здѣсь дѣло — во всяком случаѣ иск представлял отвѣтчику выше (стр. 137) отыскивавшуюся правовую форму оспариванія законности взятія в залог. Истец, требовавшій от него выкупа, должен был по всеобщим основным положеніям доказать предположенія своего притязанія, слѣдовательно как существованіе и привилегированный характер, так и сумму своего требованія, слѣдовательно иск именно этим превращался в производство опроверженія и доказательства по отношенію к предпринятой pignoris capio. Но ясно, что это средство было достаточно только в том случаѣ, когда не только от истца, но также и от отвѣтчика зависѣло, должно ли было дѣло доходить до иска? Необходима только ссылка на соотвѣтствующій вид legis actio per manus injectionem, чтобы оправдать это предположеніе обязательности иска от упрека в принужденности и неестественности. Если manus injectio наталкивалась на противорѣчіе, то оправдать ее *должен был* заимодавец и именно как *истец* (стр. 133). В обоих случаях, можно сказать, тот, кто предпринимал самоуправство, этим самым в тоже время назначал себя на всякій случай истцом для производства доказательства.

Если я здѣсь угадал истину, то этим удовлетворительно разрѣшены два вопроса, отвѣтить на которые до сихъ пор не сдѣлано даже попытки. Во-первых: каким образом legis actio per pignoris

---

[67]) Это мѣсто недавно разрабатывал *Degenkolb*, Die lex Hieronica. Berlin, 1861, S. 52 fl.

Digitized by Google

capionem дошло до появленія между видами процесса? Во-вторых: какой правовой путь открывался залогодателю для защиты от незаконнаго взятія в залог? В тоже время обѣ legis actiones для цѣли частнаго взысканія достигают этим неожиданнаго сходства между собой и рѣзкой противоположности с тремя остальными. А именно обѣ подпадают под точку зрѣнія возбужденнаго протестом противника производства оправданія акта торжественнаго самоуправства; в обѣих заимодавец должен принимать роль истца. Только тѣм и различаются онѣ, что при manus injectio, гдѣ протест противника может тотчас сдѣлаться гласным, и само производство тотчас же должно начаться в судѣ, между тѣм как при pignoris capio, которая происходила и в отсутствіе залогодателя, оно было возможно только впослѣдствіи. Примѣняла ли к обѣим древнѣйшая юриспруденція имя legis actio и в том случаѣ, когда онѣ не вездѣ приводили к процессуальному производству, пусть останется нерѣшенным; во всяком случаѣ онѣ заключали в себѣ в момент их предпринятія *возможность* таковаго — первый основный акт — и могли поэтому всегда называться по отношенію к этому legis actiones, т. е. предварительными формами процесса.

Если бы понятіе самоуправства находило примѣненіе к государственным властям и их актам, то должно было бы прибавить к двум до сих пор изложенным случаям частнаго взысканія и еще взысканіе притязаній государства, которое обыкновенно происходило путем административным без вступленія на путь права [68]). Однако в видѣ исключенія и при них был открыт правовой путь противнику, а именно в том случаѣ, когда притязаніе к нему было не публичнаго, но частно-правоваго характера, т. е. имѣло основаніе не в подчиненном отношеніи гражданина к государственной власти, а в договорѣ, заключенном с ним послѣдней. Здѣсь, гдѣ государство находилось в отношеніи частнаго заимодавца к своему должнику, оно по справедливости не имѣло права лишать его возможности судебнаго разбора. Форма, в которой она ему предлагалась, была совершенно особенная. А именно государственная власть не выступала сама истицей; потому ли, что она считала непристойным пускаться в процесс с частной личностью и подвер-

---

[68]) *von Bethmann-Hollweg*, a. a. O. S. 95 ff.

Digitized by Google

гать себя опасности проигрыша, потому ли, что считала вредным для безпристрастія судьи и интереса защиты превосходство, которое она имѣла перед отвѣтчиком, пусть останется нерѣшенным; она продавала или, лучше сказать, уступала свое притязаніе и противопоставляла таким образом частному лицу частное лице, которое и преслѣдовало притязаніе путем обыкновеннаго производства. Этим то и различаются государственные должники «praedes» от частных должников; «praedes vendere» значило передавать другому не их самих, но *требованія* на них [68]a).

Кромѣ двух до сих пор изложенных актов торжественнаго самоуправства древнѣйшее производство процесса представляет еще другой случай, в котором самоуправство равным образом достигает проявленія, но только как простой мнимый акт. Это извѣстная, на стр. 130 уже затронутая борьба, которой открывается процесс виндикаціи. Служащее для означенія ея имя vindicatio, как и встрѣчающаяся при этом vindicta — то неизбѣжное, здѣсь в посох превращенное копье показывают, что при этом дѣло идет о vis (vis civilis, festucaria у Gellius XX 10) [69]); акт называется также manum conserere = схватываться руками. Хотѣли найти в этом принятіи в процесс силы выраженіе идеи, что сила должна уступать праву. Но можно было бы сказать с гораздо бо̀льшим правом: сила кажется Римлянам чѣм то столь естественным и столь мало несправедливым, что они не могут обойтись без нея даже в процессѣ. Эта мнимая борьба представляет не столько осужденіе самоуправства, сколько наоборот доказательство того, как глубоко вкоренилось оно в народное представленіе, представляет воспоминаніе из первобытнаго време-

---

[68]a) Дальнѣйшее об этом институтѣ относится не сюда. См. об этом *Rudorff*, a. a. O. II S. 308 и новѣйшее сочиненіе *Rivier*, Untersuchungen über die Cautio praedibus praediisque. Berlin, 1863, из которых однако послѣдній на стр. 94 также как и *Th. Mommsen*, Die Stadtrechte der latinischen Gemeinden Salpensa und Malacca S. 473, едва-ли понял дѣйствительную мысль института, принимая, «praedes vendere» в буквальном смыслѣ, как продажу самого должника и даже, в различіе от обыкновенной manus injectio, не допуская возможности защиты должника.

[69]) Корень dic обозначает в латинском, как в санскритском и греческом δείκνυμι (*указывать*), напр. dicis causa, digitus, indicare; dicere — говорить = показывать словами. Vindicare из vim dicere значит слѣдовательно показывать силу. См. *Pott* a. a. O. B. 1 S. 226 и *Otfried Müller* im Rhein. Museum für Jurisprudenz. B. V. S. 190 fl.

Digitized by Google

ни, которое принесли с собой в процесс, так как еще не вполнѣ оторвались от его идей. Когда послѣднее совершилось, этот акт был оставлен; уже не было пониманія его первоначальнаго значенія.

Описавши формы, в которых проявлялось самоуправство как торжественный акт в древнѣйшем процессѣ, теперь было бы как раз время прослѣдить за ним во всей области древнѣйшаго права и формулярнаго процесса, и этим способом пріобрѣсти воззрѣніе на роль, которую оно еще играло и в это позднѣйшее время; это было бы важно не столько потому, что послѣдняя имѣет для нас непосредственный интерес, сколько потому, что она уполномочивает нас на заключенія о древнѣйшем времени. Я однако не считаю нужным проходить этот окольный путь, который на долгое время совершенно отвел бы нас от древнѣйшаго права, и лучше ограничусь обращеніем вниманія на нѣкоторыя, особенно характеристическія мѣста.

Я причисляю к ним:

1. Участіе, которое предоставляет дѣятельности истца для цѣли осуществленія его права еще и позднѣйший формулярный процесс. Древняя мысль, что ясное, безспорное право заключает в себѣ уполномоченіе на осуществленіе путем частнаго взысканія, что слѣдовательно дѣло побѣдителя, а не государственной власти, осуществлять приговоры, короче, идея *законнаго частнаго взысканія* в противоположность нашему теперешнему *судебному взысканію* — эта идея образует фундамент названной системы процесса. Претор не приводит в исполненіе своего приговора сам своими ликторами, но он уполномочивает истца самому принять нужныя мѣры, так завладѣть личностью должника, дитяти, раба (duci jubere), вступить во владѣніе его имуществом (bona possideri jubere; immissio in bona), отнять у него присужденную вещь (напр. при interd. utrubi). Уполномоченіе обыкновенно производится тѣм, что противнику запрещается примѣненіе сопротивленія этому акту самоуправства — запретительным (interd. prahibitoria) интердиктом (vim fieri veto, quominus etc.), дѣйствіе котораго было обезпечено угрозою наказанія. Что в крайнем случаѣ государственная власть предлагала руку помощи, в этом нечего и сомнѣваться [69a]). Но с самаго начала этого не дѣ-

---

[69a]) Liv. III 48: I, lictor, submove turbam et da viam domino ad prehendendum mancipium. *Bethmann-Hollweg*, a. a. O. S. 191.

Digitized by Google

лалось; истец должен был сам приняться за дѣло — въ Римѣ он не мог ограничиться простым постановленіем требованій, он должен был *дѣйствовать*. Вѣдь его же дѣло было и доставить отвѣтчика пред суд.

2. Построеніе ученія о владѣніи. Что это самоуправство, а не самозащита, когда прежній владѣтель вещи, который ея на время ввѣрил другому, напр. дал на прокат, отдал въ наем, ссудил, присвоивает ее снова силою, въ этом может сомнѣваться только тот, кто считает оборот, которым римскіе юристы дали отношенію обратный вид, за единственно возможный его вид. Новѣйшія права могут его убѣдить в противном. По моему убѣжденію та юридическая форма отношенія, по которой попытка полученія обратно фактически потеряннаго владѣнія подводится под точку зрѣнія утвержденія юридически еще существующаго, слѣдовательно под точку зрѣнія самозащиты, есть лишь выдуманная в интересѣ старинных идей о самоуправствѣ форма. Другой случай примѣненія самоуправства предоставляет отношеніе possessor'a justus к injustus. Право, объявляя послѣдняго беззащитным относительно перваго, именно этим уполномочивает этого выступить против него с насиліем, только невооруженной рукой (исключеніе exc. vitiosae possessionis при interd. de vi armata).

3. Отсутствіе наказанія за самоуправство в случаях, гдѣ не были к нему законно уполномочены. Собственник был не в правѣ просто отнять свою вещь, находящуюся в чужом владѣніи, вмѣсто того, чтобы искать ее по суду, точно также как заимодавец не имѣл права вырвать у должника силой задолженную вещь. Но чему же они подвергались, если всетаки дѣлали это? Они могли быть принуждены иском (act. possessoria) владѣльца к отдачѣ, по их не постигало, насколько мы знаем, никакое наказаніе. Да, тот, кто принудил должника угрозами к уплатѣ, даже послѣ того, как преторскій эдикт ввел иск о принужденіи (act. quod metus causa), не мог даже подвергнуться притязанію об отдачѣ [69]b). Только когда претор

---

[69]b) L. 1 § 2 quod met. causa (4. 2). А именно, хотя бы и вынужденная уплата дѣйствительно доказаннаго долга не разсматривалась, как претерпѣнный ущерб, а таковой был необходим для этой жалобы.

Digitized by Google

в отдѣльных случаях прямо запрещал запретительным (interd. prohibitor.) интердиктом примѣненіе силы, в случаѣ нарушенія слѣдовало наказаніе. Только в позднѣйшее время, около конца республики (leges juliae de vi privata и publica) и во время императоров (Decretum Divi Marci и его дополненія) самоуправство — за исключеніем нѣскольких случаев — было запрещено в принципѣ и обложено отчасти весьма суровыми наказаніями.

Яснѣе, чѣм в этой противоположности полнѣйшей безнаказанности самоуправства в древнѣйшем и строгой наказуемости в новѣйшем правѣ, не может выразиться различіе воззрѣнія древняго и новѣйшаго времени по отношенію к нему.

С. ПОЛЮБОВНОЕ ОКОНЧАНІЕ ПРАВОВАГО СПОРА.

Договорное рѣшеніе правовых ссор. — Присяга и третейскій судья. — Подчиненіе судейскому приговору (litis contestatio).

XII. Потребность рѣшенія правовых ссор не вездѣ удовлетворялась одним и тѣм же способом. У нѣкоторых народов прибѣгают с этой цѣлью к божеству, и оно дает рѣшеніе посредством суда Божія, посредством оракула, жребія и так далѣе; у других прибѣгают за помощью к правительству. В обоих случаях однако партіи покоряются *высшей* власти. Совершенно другой путь избрал издревле римскій народ и развитіе послѣдующих времен не могло скрыть эту мысль первобытнаго времени. Это есть *договорное рѣшеніе* правовых ссор. Имѣющій право, у котораго противник его оспаривал, предлагал ему послѣдовать третейскому приговору третьяго безпристрастнаго лица или предоставлял рѣшеніе его собственной добросовѣстности, т. е. требовал от него присяги в существованіи его права [70]). Если послѣдній соглашался на одно из предложеній, то дальнѣйшее по-

---

[70]) Эта точка зрѣнія, что истец требованіем от противника клятвы дѣлает его судьей, высказывается неоднократно. I, 1 pr. Quar. rer. (44. 5). Jusjurandum vicem rei judicatae obtinet, non immerito, *cum ipse quis judicem adversarium suum de causa sua fecerit* deferendo ei jusjurandum. L. 28 § 2 de jud. (5. 1). Quintil. I. O. V. 6, § 4, litis adversarium judicem facit.

Digitized by Google

нималось само собой; данное третейским судьей или присягой рѣшеніе опиралось на обоюдное согласіе, было слѣдовательно обязательным для обѣих сторон, оно давало несомнѣнное право и вмѣстѣ с тѣм уполномоченіе к самоуправству. Но как же, если противник отвергал предложеніе имѣющаго право? Этим отказом он сам себя осуждал; ибо почему отказываться, если он убѣжден в своем правѣ? Он показывал, что не довѣряет правотѣ своего дѣла и ему, лишавшему этим своего противника всякой возможности рѣшить дѣло, не наносили никакой несправедливости, видя в его отказѣ косвенное сознаніе своей вины [70]a). Самоуправство (хотя быть может и не legis actio per manus injectionem; см. стр. 136) имѣло против него свободный ход [70]b).

Институт третейских судей и внѣсудебная присяга замыкают систему самоуправства, давая возможность увѣренному в своем правѣ или привести спор к рѣшенію или по крайней мѣрѣ нравственно привести противника в крайность и принудить его своим отказом косвенно признать свою вину. Оба средства были в Римѣ еще в позднѣйшее время необыкновенно популярны и употребительны [71]), оба повторяются в торжественной формѣ в древнеримском процессѣ. Послѣдній я считаю ни за что иное, как за приведенный в правильную и твердую форму осадок этого, задолго до него существовавшаго, договорнаго рѣшенія тяжбы самими сторонами. Внѣсудебная присяга дѣлается судебной, третейскій судья — публичным, причем и то и другое не теряет при этом своей прежней сущности.

Наш теперешній судья ведет свое полномочіе от государства, а не от добровольнаго подчиненія сторон, и его полномочіе состоит не только в том, чтобы приводить право в извѣстность, указывать его, но и в том, чтобы его осуществлять.

---

[70]a) Liv. III 57 si ad judicem non eat, pro *damnato* in vincula duci jubere. L. 48 de jurejur. (12. 2): manifestae turpitudinis et *confessionis* est nolle nec jurare nec jusjurandum referre.

[70]b) По XII таблицам: Si in jus vocat, ni it, antestator; igitur em capito si calvitur pedemve struit, manum endo jacito.

[71]) *O. E. Hartmann*, der Ordo judiciorum I S. 105 ff.

Digitized by Google

Об этом нѣт и рѣчи относительно римскаго судьи; мы у него находим тѣже функціи, какія принадлежат каждому третейскому судьѣ. Поразительное сходство обоих побудило одного римскаго юриста к замѣчанію: compromissum (выбор третейскаго судьи) ad similitudinem judiciorum redigitur. Для позднѣйшаго времени могло быть естественнѣе видѣть в должности судьи оригинал, в институтѣ третейских судей копію, для древнѣйшаго отношеніе должно быть взято прямо обратное.

Могло часто случаться, что стороны обращались к должностному лицу, которое отличалось своим знаніем права или своею справедливостью, с просьбою о третейском приговорѣ. Исполненіе их желанія считалось с его стороны первоначально дѣлом чести, напослѣдок должностною обязанностью [71]а). Обремененіе порученіями заставляло должностное лицо как предлагать сторонам на свое мѣсто другую годную личность, так и отвергать раз навсегда нѣкоторые споры; и позднѣйшее право скупится на иски, во сколько же раз болѣе древнѣйшее. Единственное различіе между обыкновенным третейским судьей и от должностнаго лица поставленным или, если тот сам судил, им самим, состояло в том, что перваго еще надо было просить о принятіи порученія, в послѣднем же напротив были увѣрены во всѣх случаях, гдѣ обычай или закон ввели его содѣйствіе; в остальном оба были равны. Третейскій судья обязан своей властью выбору сторон, есть простой их повѣренный и его функція ограничивается произнесеніем рѣшенія, осуществленіе же его остается предоставленным самим сторонам. Точно также и судья древнѣйшаго римскаго права получает свою власть только чрез порученіе

---

[71]а) Послѣдующее изложеніе, перенесенное неизмѣненным из перваго изданія, имѣет, что я замѣчаю по отношенію к сдѣлавшимся гласными возраженіям против него, только цѣль гипотетическаго начертанія первобытнаго времени и идей, которыя в нем господствовали. В историческое время imperium имѣющаго jurisdictio короля или должностнаго лица слишком возвышается над положеніем, указанным судьѣ в текстѣ, чтобы можно было сдѣлать попытку поставить обоих на одну линію. Повелѣніе претора в процессѣ виндикаціи: mittite ambo hominem ясно показывает, что его власть простиралась не на столько лишь, на сколько уступили ее ему партіи, что он стоял не *под* ними, но *над* ними.

Digitized by Google

сторон. Всего очевиднѣе это из того, что процесс не мог производиться в судѣ, если противная сторона отказывает в своем согласіи. Рѣшеніе должностнаго лица или им назначеннаго судьи, которому она заранѣе не подчинилась, не имѣет для нея обязательной силы. Спор между нею и противником есть чисто частное дѣло, какое бы право имѣло должностное лицо вмѣшаться в него без требованія *обѣих* сторон. Слѣдовательно, если отвѣтчик отказывается, процесс совсѣм и не может начаться против него; истец должен пытаться помочь себѣ сам и дѣлает это, как мы видѣли выше, приступая к manus injectio. Если отвѣтчик отвергнул предложеніе истца прибѣгнуть к судебному рѣшенію, то послѣдній с своей стороны не обязан соглашаться, если отвѣтчик снова захочет его принять; самоуправство уже имѣет свободный ход.

Если процесс не может начаться в судѣ без воли отвѣтчика, то уже из этого видно, как должно понимать отношеніе, если он на него соглашается. Весь процесс основывается на договорѣ сторон. Обѣ соглашаются насчет личности судьи, котораго должно им назначить должностное лицо [72]), и обѣщают друг другу, что будет так, как он рѣшит. Рѣшающая сила, принадлежащая судейскому приговору, основывается слѣдовательно не на том, что он исходит от публичнаго судьи, но на том, что стороны заранѣе ее ему дали. Мы можем обозначить их договор, как условное обѣщаніе: они обѣщают, что побѣдителю будет *то*, что признает за ним судья.

Послѣдовательность этого воззрѣнія проведена в древнѣйшем процессѣ во всей ея строгости. Прежнія отношенія считаются пресѣкшимися, истец слѣдовательно уже не может болѣе прекратить иск и затѣять новый, точно также и отвѣтчик не может избѣгнуть приговора исполненіем требовавшагося. На мѣсто прежних отношеній поставлены договором сторон новыя, условныя, и сторонам остается только ожидать исполненія условія. Так как эти новыя отношенія опираются на договор, то прежнія, если они произошли из преступленія, принимают при этом превращеніи всѣ свойства обяза-

---

[72]) Neminem, говорит Цицерон pro Cluentio c. 43, voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.

Digitized by Google

тельств из договоров, так напр. они дѣлаются наслѣдственными, каковыми они прежде не были.

Договор, дѣлающійся т. о. основаніем всего процесса, называется Litis contestatio; он заключался пред претором с вызовом свидѣтелей (contestari). Договорный характер Litiscontestatio оспаривали и противопоставляли ему «характер процесса», из котораго уже по необходимости должны выходить слѣдствія Litiscontestatio, как будто бы древніе Римляне смотрѣли на характер процесса нашими теперешними глазами и не требовали повсюду, гдѣ в настоящее время человѣка постигает обязанность и убыток и без его воли, сперва ясно выраженнаго, хотя бы и косвенно вынуждаемаго его согласія. В моих глазах положительно противно духу древнѣйшаго права, чтобы Litiscontestatio влекла за собой всѣ слѣдствія договорнаго отношенія, не будучи сама договором. Пусть убѣдятся только в том, что при ней дѣло шло не о «подчиненіи» судьѣ, но что приговор судьи есть только условіе, под которым стороны обѣщали нѣчто друг другу. Если бы они обусловили свое обѣщаніе слѣдующим: «если третій сдѣлает то-то и то-то», то при наступленіи условія основаніе возникающаго обязательства лежало бы не в дѣйствіи третьяго, но в их собственном обѣщаніи. Таким же образом вліяніе, оказываемое судейским рѣшеніем, должно перенести на соглашеніе сторон как на его истинную причину.

Слѣдовательно отношеніе сторон к судьѣ всего менѣе есть отношеніе подчиненія. Его качество, как претором поставленнаго судьи, так же мало вело за собой такое подчиненіе, как и в настоящее время бывает это относительно лиц, поставленных государством в интересѣ публики для отправленія какой бы то ни было функціи. Древній судья был ничѣм не болѣе юриста, имѣвшаго jus respondendi во времена императоров. Оба были поставлены государством, чтобы служить сторонам сообщеніем своего мнѣнія [73]). Потому судья ничего не может возлагать на стороны во время хода процесса, ни требовать в суд, ни угрожать наказа-

---

[73]) При обоих повторяется тот же историческій ход дѣла. Как должность третейских судей берет государство в свои руки, не измѣняя вначалѣ ея сущности, так и институт юристов-респондентов. Рядом с публичным судьей и респондентом дѣйствуют еще долгое время без законодательнаго запрещенія

Digitized by Google

ніем в случаѣ неявки в срок, и т. д. Потому veto трибунов, возможное против должностнаго лица, которому довѣрена судебная расправа, не имѣет мѣста против судьи; он совсѣм не публичный чиновник, а третейскій судья сторон, назначенію котораго содѣйствовал публичный чиновник.

Потому же наконец судейскій приговор не есть обращенное к теряющей сторонѣ запрещеніе или повелѣніе, но простое *мнѣніе* «sententia», *объявленіе* «pronuntiatio», которое дает судья о спорном вопросѣ. Всего явственнѣе выступает это в древнѣйшем видѣ процесса—в legis actio sacramento. Процесс облекается здѣсь в форму заклада и каждая партія вносит опредѣленную сумму (sacramentum), [74]) которой она лишается в случаѣ проигрыша. Судьѣ предлагается этот заклад для рѣшенія и он рѣшает в той формѣ, что объявляет sacramentum стороны, которая в его глазах имѣет право, justum, а тѣм самым sacramentum другой потерянным. Об осужденіи при этом нѣт и рѣчи, даже притязаніе, подавшее повод к процессу, в приговорѣ совсѣм и не упоминается; видимо обсуждается совсѣм другой вопрос, чѣм о котором собственно идет дѣло у сторон, и только посредственно разрѣшается и послѣдній. Но как мало даже этому посредственному разрѣшенію присуща идея осужденія, всего лучше видно из того, что примѣненіе этого вида процесса встрѣчалось в случаях, гдѣ осужденіе или взысканіе были немыслимы, так как дѣло шло вовсе не о правовом притязаніи, а о доказательствѣ любаго утвержденія. [75]) И в позднѣйшем правѣ удержалась еще для нѣкоторых случаев, а именно для таких, гдѣ иск был не о деньгах

и третейскіе судьи и респонденты без jus respondendi, пока наконец это воспрещеніе не воспослѣдует и судьи и публичные респонденты не начнут судить во имя государства и с законно обязательной силой.

[74]) При религіозном принципѣ мы воротимся к sacramentum.

[75]) Valerius Maximus, Lib. II, c. 8 no. 74 сообщает нам, что спор между консулом и претором, кто из них имѣет заслугу побѣдоносной морской битвы, и кому слѣдовательно должен был быть дан тріумф, сдѣлался т. о. предметом процесса; что только здѣсь вмѣсто древнѣйшей формы sacramentum была употреблена новѣйшая sponsio. Valerius sponsione Lutatium provocavit: «ni suo ductu Punica classis esset oppressa». Nec dubitavit restipulari Lutatius. Itaque judex inter eos convenit Atilius Calatinus. Послѣдній дает свое рѣшеніе в словах: secundum te *litem do*.

Digitized by Google

или денежной цѣнности, подобная форма приговора, pronuntiatio: судья просто признавал, что такой то servus, libertus, ingenuus и предоставлял заинтересованным сторонам извлечь и осуществить слѣдующіе из этого практическіе результаты.

Рядом с этим формами приговора встрѣчается еще другая, condemnatio, впервые однако в новѣйших видах процесса legis actiones. Там судебный приговор гласит объективно, сторонам предоставлено извлечь практическіе выводы и в случаѣ нужды согласиться о litis aestimatio—оцѣнкѣ приговореннаго предмета, здѣсь напротив судья выражает свой приговор *относительно*, он *присуждаетъ* отвѣтчика и именно, при всѣх исках, которые направлены на имѣющій денежную цѣнность предмет, тотчас соединяет с этим litis aestimatio, т. е. присуждает с самаго начала на деньги.

Итак, судья древнѣйшаго права ничего не налагает на отвѣтчика, не отдает ему приказанія во имя государства, но только своим знаніем права приходит на помощь сторонам. Язык мѣтко выразил отношеніе дѣятельности судьи к дѣятельности истца. Судья должен только указать право (dicere, см. прим. 69), почему и назван judex, и он дѣлает это, давая свое *мнѣніе* (sententia). Истец напротив того есть дѣйствующій (actor); [76]) он дѣйствительно дѣйствует (handeln), ибо он налагает руку [Hand] (manum injicere, conserere; vindicare) смотря по различію процесса или на личность, или на вещи (agere in personam, in rem). Наш теперешній судья напротив «судит», т. е. он есть дѣйствующій, «истец» напротив того не дѣйствует, он «ищет» у судьи помощи в своем страданіи. В помощи римскій истец не нуждается; во всѣх случаях, гдѣ его право несомнѣнно, он совсѣм не нуждается в судьѣ, но тотчас приступает к самоуправству. Римская должность судьи введена слѣдовательно только для того, чтобы дать сторонам возможность в сомнительных случаях получать указанія на свое право. Но судебный приговор не оказывает никакого дѣйствія, котораго бы стороны не могли точно также хорошо достигнуть другим путем, и основаніе, почему ему вообще принадлежит рѣшающее дѣйствіе,

---

[76]) Также в jurgare, litigare есть это agere, только нужно объяснять второе слово не как *litem* agere, а как *lite* agere (так и jurgare. как *jure* agere).

Digitized by Google

лежит не в публичном характерѣ судейской должности, но в волѣ сторон. Судья есть слѣдовательно ничто иное, как третейскій судья (arbiter), и было безчисленное множество случаев, гдѣ он оффиціально назывался этим именем.

Если мы теперь захотим бросить общій взгляд на путь, пройденный нами в этом первом отдѣлѣ (§ 10 и слѣдующіе), то увидим, что он провел нас от той низшей ступени, гдѣ право и сила еще совпадают — от добыванія у врага, чрез самоуправство до той точки, гдѣ сила оказывается недостаточной по причинѣ сомнительности притязанія, и гдѣ в основанном на договорѣ рѣшеніи правоваго спора заключаются первые зародыши образованія должности судьи. Повсюду сопутствовала нам одна и таже идея, именно та идея, что личная энергія, личная дѣятельная сила есть основательница, а потому также и законная охранительница права. Эта дѣятельная сила не есть голое, физическое насиліе, она возводится сознаніем своего права до нравственнаго могущества, она есть сила, дѣйствующая на службѣ идеи права, она есть даже сам принцип частнаго права в его первоначальной свѣжести и энергіи.

Эта идея полномочія личной силы, которая своим собственным дѣлом создает и охраняет свой мір, есть крайній минимум, с котораго может начаться образованіе права, и потому она могла и должна была быть поставлена во главѣ всего нашего изложенія. Из этого слабаго зародыша развилось право и у других народов, но не вездѣ мы так счастливы, как в предлежащем случаѣ, чтобы имѣть еще возможность указать в цвѣтѣ и зрѣлом плодѣ первоначальный зародыш. Не имѣя силы долгое время примирять эту идею с возрастающим развитіем государственнаго принципа, не один народ терял ее и в смиренном уничиженіи личнаго чувства права и собственнаго достоинства ставил государство настоящим творцом субъективнаго права. Но в римском воззрѣніи на право — да будет хвала его неиспорченной природѣ и мужественному чувству собственнаго достоинства Римлян — эта идея вкоренилась слишком крѣпко, чтобы имѣть возможность когда либо исчезнуть, и юридическій инстинкт Римлян съумѣл ввести ее в правильныя формы и дать ей такой вид, что она мирилась даже с высшим развитіем государства.

Digitized by Google

II. Семейство и военное устройство — исходныя точки государственнаго устройства.

ПРЕДВАРИТЕЛЬНОЕ ЗАМѢЧАНІЕ.

XIII. Если мы в предъидущем отдѣлѣ ограничились исключительно индивидуумом, то это дѣлалось вовсе не по тому мнѣнію, как будто когда либо было время, могшее удовольствоваться выработанными в этом отдѣлѣ правовыми принципами, но единственно для того, чтобы удостовѣриться в той долѣ, которую внесло чувство индивидуальнаго права и исполненная им энергія субъекта на общее построеніе древнѣйшаго права. Только в обществѣ может быть вообще рѣчь о правѣ, но с обществом, с интересами, которым оно служит, с цѣлями, которыя оно преслѣдует, появляется уже новый, не менѣе обильный источник права, чѣм какой открывается для него в индивидуумѣ. Как в мірѣ вещественном господствуют законы, которыми опредѣляется связь тѣл, так и в мірѣ нравственном относительно связи индивидуумов. В каждом их обществѣ, хотя бы обществѣ одного только семейства, лежит зародыш порядка и влеченіе к нему, да и само преходящее состояніе безпорядка и анархіи, битвы, судороги и бури, испытываемыя обществом, что они такое, как не *исканіе* порядка, волненіе и броженіе элементов, вступающих в законо-сообразную связь друг с другом?

В этом смыслѣ слѣдовательно и образованіе государства, как высшаго политическаго общества, не может казаться нам ничѣм таким, чтобы еще только нуждалось в объясненіи. Государство есть естественная необходимость. Но ни малѣйше не отрекаясь от этого убѣжденія, мы и при нем имѣем право, насколько исторія нам это позволяет, сдѣлать попытку овладѣть идеями, которыя имѣли вліяніе на его первоначальное образованіе. Мнѣ это кажется тѣм необходимѣе, что иначе мы подвергаемся опасности безсознательно перенести наше теперешнее воззрѣніе на государство на времена и состоянія, к которым оно никоим образом не приложимо. К имени прилѣпляется представленіе! Называя учрежденія древнеримскаго государства

Digitized by Google

теперешними выраженіями, говоря при описаніи древнѣйшаго устройства о «царѣ», о «законодательной власти народа,», о «должности судьи» и т. д., мы невольно переносим с собой наши теперешнія, т. е. ложныя представленія. Ибо не внѣшность этих явленій существенна, а тѣ идеи, которыми они вызывались, представленіе же, которое имѣл древній Римлянин о государствѣ, и все, что с ним связывалось, было вполнѣ отлично от того, которое мы с ним соединяем. По нашему теперешнему представленію государство есть нѣчто вполнѣ отличное от индивидуумов, по древнеримскому — оно было ничѣм иным, как обществом, соединеніем всѣх индивидуумов; что принадлежит государству — принадлежит им, его интересы — их интересы, его оскорбленіе есть оскорбленіе их — короче, различіе в воззрѣніи громадно до крайности.

Открыть это различіе идейнаго содержанія при всем внѣшнем сходствѣ учрежденій, есть, по моему мнѣнію, одна из самых необходимых и важных задач, которыя только историк имѣет разрѣшать по отношенію к древнеримскому государственному устройству, и объявленная цѣль моего сочиненія принуждает меня попытать себя и в ея разрѣшеніи.

Я исхожу при этом от той идеи, что наше теперешнее представленіе об отношеніи государства и государственной власти к единичной личности есть только продукт долгаго развитія, и что мы далеки от права без дальнѣйших разсужденій приписывать и древнѣйшему времени, как нѣчто само собой разумѣющееся, идею преобладанія государственной власти над гражданином, а что скорѣе наоборот мы имѣем обязанность дать себѣ отчет в том, гдѣ и как могла прорваться эта идея в древнеримском обществѣ. Вот моя основная мысль, которую я буду развивать далѣе в настоящем отдѣлѣ: — отношеніе соединенія единичных личностей, как первоначальное для каждаго общества, было основным отношеніем и древнеримскаго устройства, и именно в видѣ политическаго соединенія родов в единство государственнаго бытія, идея же подчиненія единичных личностей высшей власти впервые достигла проявленія в военном быту и только отсюда была перенесена и на остальныя учрежденія. Неотразимая необходимость исключает здѣсь отношеніе соединенія и ставит на его мѣсто отношеніе подчиненія.

Итак, древнѣйшее государственное устройство содержит по

Digitized by Google

моему мнѣнію комбинацію двух принципов, соединяющаго и подчиняющаго. Древнѣйшее государство ногами своими опирается на семейство, средними членами и вершинами на военное устройство; т. е. род и положеніе в нем индивидуумов опредѣляется идеей семейства, куріи же, трибы и их начальники и царь—военным интересом.

Роль, которую играет семейство в древнѣйшем устройствѣ, существенно отличается от вида, в котором оно является в нынѣшнем правѣ. Семейство есть нынѣ чисто частноправовое отношеніе без всякаго непосредственнаго политическаго значенія и это-то значеніе оно имѣет только в его двух, наиболѣе тѣсных отношеніях: родительском и супружеском, отношеніе же братьев и сестер не есть уже *правовое* отношеніе. Внѣ этих двух областей право предоставляет семейство самому себѣ, его собственной нравственной жизненной силѣ — любви. Опыт однако показывает, что эта жизненная сила уменьшается в той же мѣрѣ, в какой расширяется само семейство, любовь постоянно отыскивает болѣе тѣсные кружки, она не может держаться одинаковаго шага с родословным деревом. С быстро уменьшающейся любовью и заботой родства теряется мало по малу и память о нем.

Совершенно другое на низких ступенях государственной жизни. Можно вообще выставить положеніе, что внѣшняя, правовая организація семейства находится в обратном отношеніи к зрѣлости развитія государства; чѣм несовершеннѣе послѣднее, тѣм выработаннѣе первая и наоборот. А именно, пока семейство должно служить *замѣною государства*, оно необходимо нуждается в несравненно болѣе крѣпкой организаціи, чѣм когда совершенное развитіе государственных форм и государственной власти избавляет его от этой функціи. Государство в малом видѣ, оно нуждается и в его устройствѣ; узы родства не могут быть предоставлены свободной любви, они являются *политическими* узами.

В теченіи времени превращается опредѣленное государственным принципом семейство в опредѣленное семейным принципом государство. Многія семейства соединяются, *одно* семейство разростается въ племя или род, который с своей стороны снова развѣтвляется на много вѣтвей, родовъ и семейств. Так возникает родовое государство, круг бо̀льших или меньших плотных единств,

Digitized by Google

имѣвших первоначально принципом родство. Связь этих отдѣльных частей в цѣлое несравненно слабѣе, чѣм связь в самих этих меньших кружках. В послѣдних лежит дѣйствительная жизненная сила устройства; они суть государства в малом видѣ, которыя соединились в государственный союз.

Родовое государство в своей юношеской силѣ обозначает не только опредѣленную форму государственнаго союза, но и опредѣленную ступень всего политическаго и правоваго развитія. Политическая функція семейства дѣйствует на его частноправовой характер и обратно — форма семейной связи — на политическій дух, одушевляющій цѣлое. Это в особенности выказывается в обращеніи с иностранцами. Так как тот только политически правоспособен, кто принадлежит к извѣстному роду, так как роды нѣкоторым образом держут занятыми доступы к государству, то иностранцу открывается вступленіе в государственную связь только в том случаѣ, когда он найдет пріем в один из родов. Этот пріем возможен однако лишь в ограниченной степени: родовое государство, если оно не хочет отречься от самого себя, принуждено быть исключительным. Этим полагается основаніе той противоположности, которая имѣет столь рѣшительное значеніе для всего развитія родоваго государства, противоположности между сочленами родов и прочими принадлежащими к государству, тѣми, кто активно принимает участіе в государственной власти, и тѣми, кто только пассивно ей подчиняется. Чѣм болѣе возрастает численная сила и благосостояніе послѣдняго класса, тѣм больше стремится он улучшить свое правовое положеніе, и эти стремленія и вѣчная борьба, которую они вызывают, имѣют самыя благодѣтельныя послѣдствія для всего правоваго и государственнаго развитія. Они возбуждают с обѣих сторон существующія силы до их высшаго напряженія и заключают в себѣ неизсякаемый источник политических способностей и энергіи. Это отношеніе мѣтко сравнили [77]) с «двумя наложенными друг на

---

[77]) *Göttling*, Geschichte der röm. Staatsverf. S. 285. Но когда он прибавляет: «пока *болѣе крѣпкій* камень плебейскаго принципа не истер до дряблости *болѣе мягкій* патриційскаго», то это раздѣленіе по крѣпости и мягкости может быть совершенно вѣрным для обоих жерновов, но к патриціям и плебеям нимало не подходит.

Digitized by Google

друга жерновами, вслѣдствіе движенія которых впервые выступает истинная политическая жизнь»; можно было бы также указать на искры, которыя брызжут с кремня, когда об него ударяет сталь.

Рядом с родовым государством существует еще другое слѣдствіе семейнаго принципа—государство патріархальное. Различіе обоих заключается в том, что там семейство дѣлается только правовым основаніем государства, здѣсь же представляет прототип всего устройства и управленія. Отношеніе государственнаго подчиненія скопировано с отношенія дѣтей к отцу, верховная власть главы государства есть расширенная отеческая власть и отправляется в этом духѣ. Оба слѣдствія семейнаго принципа могут встрѣчаться в одном и том же государственном устройствѣ; родовое государство основывает тогда отношеніе в «боковой линіи», политическое *братство;* патріархальное государство — отношеніе «в восходящей и нисходящей линіи», политическую *patria potestas*.

Достойно замѣчанія, что это второе слѣдствіе семейнаго принципа в Римѣ совсѣм не встрѣчается или уже не встрѣчается болѣе. Пункты, которые оно иначе заняло бы, именно пункты преобладанія и подчиненія, достались здѣсь военному устройству. Военное устройство стоит в постепенности видов государственнаго общенія выше, чѣм семейное устройство, потому именно, что во-первых оно является не просто естественным продуктом, а произведеніем человѣческаго намѣренія и разсчета, и во-вторых, несмотря на суровую дисциплину, которую оно вносит в государство, предоставляет всетаки бо̀льшій простор частноправовой свободѣ и не в такой степени смѣшивает политическое и частноправовое существованіе индивидуума, как это совершается в семейном устройствѣ. Оно нерѣдко отправляет функцію государственной формы, особенно охотно в связи с земельной собственностью, именно в феодальном государствѣ, как напр. у Германцев и Османов, и потом также в связи с семейным принципом, как в Римѣ и опять таки у Германцев во время их перваго появленія в исторіи. С патріархальным государством оно не совмѣстимо; свойственная первому наслѣдственность государственных должностей шла бы прямо в разрѣз с его интересом, а точно также и государственное подчиненіе, которое оба основывают, вполнѣ различно по своему духу. Правдоподобна догадка, что гдѣ мы видим, как у древних Рим-

Digitized by Google

лян и Германцев, появленіе военнаго устройства в связи с родовым государством, там первое вытѣснило патріархальное государство. Первоначально соединявшее в себѣ оба эти послѣдствія семейнаго принципа — семейное государство выказало себя слишком недостаточным при продолжающемся воинственном образѣ жизни. Военный интерес дѣлался господствующим и был причиной, что наслѣдственные саны патріархальнаго государства уступали мѣсто занимаемым по личной способности военным должностям, а родовое дѣленіе приноравливалось к требованіям военнаго устройства.

Обращаясь теперь к нашей собственной задачѣ, мы замѣчаем, что она состоит не только в том, чтобы доказать, что древнѣйшее римское *государство* покоилось на семейном принципѣ и военном устройствѣ, но точно также в том, чтобы показать вліяніе, которое обѣ эти побудительныя причины оказали в нем на все *право*. Мы будем при этом слѣдовать слѣдующему порядку:

1. Семейный принцип.
   a) Существо родовой связи § 14.
   b) Положеніе индивидуума по отношенію к обществу § 15.
   c) Положеніе внѣ родовой связи § 16.
2. Вліяніе военнаго устройства на государство и право § 17.

1. СЕМЕЙНЫЙ ПРИНЦИП.

Родовая связь. — Род = семейство в большем и государство в малом видѣ. — Вліяніе на все право вообще.

XIV. Римское родовое государство похоже на пирамиду. Основаніе ея составляют триста родов, которые в пирамидальной постепенности соединяются сначала в тридцать курій, потом в три трибы и наконец заканчиваются личной главой — царем. Только роды подлежат здѣсь разсматриванію; уже в предъидущем параграфѣ замѣчено, что только они принадлежат семейному принципу, куріи же и трибы, как и царское достоинство — военному устройству: Хотя и оспаривается, в самом ли дѣлѣ роды основы-

Digitized by Google

ваются на семейном принципѣ [77]а), однако при этом придается значеніе несущественному. Дѣйствительно ли имѣли всѣ сочлены рода одного и того же прародителя, не потерялась ли вполнѣ в теченіи времени идея родства и не превратился ли род в обыкновенную политическую корпорацію, именно это и не имѣет значенія. Существенно же то, основывается ли род по всему своему духу и покрою первоначально на идеѣ семейнаго союза; и один взгляд, надо сказать, должен был бы привести это в ясность. Язык дает нам в названіи gens (род) самое ясное указаніе [78]).

Мы обратимся сначала к внутренней организаціи рода и выразим результат послѣдующаго изслѣдованія в том положеніи, что род есть тождество семейства и государства, что он может быть назван как угодно — и семейством с политическим характером, и политическим союзом с семейноподобным характером. Он происходит из семейства и сохраняет тѣсную связь этого союза; но так как с другой стороны он дѣлается политическим учрежденіем, то и эта его политическая сторона точно также сильно дѣйствует на его семейноправовую сторону, как послѣдняя на первую. Обѣ стороны так переплетаются друг с другом, что их точное разграниченіе едва возможно.

Так как родовой союз уже рано потерял свое существенное значеніе, то нечему удивляться, что мы имѣем о нем только скудныя и неполныя свѣденія. Но все же еще воздымаются отдѣльные сохранившіеся пункты, по которым можно опредѣлить с помощью других исторических аналогій и внутренней послѣдовательности дѣла существо этого союза. Мы намѣрены сдѣлать эту попытку.

---

[77]а) Недавно самым рѣшительным образом *Walter*'ом, Röm. R. G. Aufl. 3, § 14, который однако в тоже время все-таки признает «тип семейнаго союза образцом» родоваго союза. Основанія, которыя он приводит, во всяком случаѣ заслуживают опроверженія, в которое однако я здѣсь не могу пускаться. Этимологическій момент (прим. 78) Вальтер совсѣм не принимал во вниманіе, а все-таки этот, как свидѣтельство из древнѣйшаго времени, вѣсит в моих глазах несравненно больше, чѣм опредѣленія «gentiles» с точки зрѣнія *позднѣйшаго* права. Еслибы подходящія выраженія позднѣйших писателей могли бы быть приняты в уваженіе, то за вышеприведенное мнѣніе можно было бы выставить и Liv. II, 48: velut *familiare* bellum.

[78]) Gens, genus от санскр. dschan, рождаться. Имя decuria означает gens со стороны ея положенія в военном устройствѣ. См. § 17.

Digitized by Google

Связь, основываемая родом, охватывает все существованіе единичной личности; всѣ интересы, которыми движется ея жизнь, указывают ей на эту связь и находят в ней отчасти свое полное удовлетвореніе, отчасти по меньшей мѣрѣ точки соприкосновенія. Почитаніе богов, военная служба, отправленіе политической дѣятельности сводит постоянно родичей вмѣстѣ, послѣ смерти покоятся они вмѣстѣ в общем родовом склепѣ. В священнѣйшія и важнѣйшія мгновенія жизни, в храмѣ и на полѣ битвы стоят они рядом; стыд и честь, счастье и горе у них общее. Блеск и слава рода идут на пользу единичной личности, как и наоборот ея дѣла бросают на него тѣнь или свѣт. Потому род принимает живѣйшее участіе в судьбѣ и дѣйствіях единичной личности; она вѣдь стоит с ним не в свободном общеніи члена корпораціи, который должен только отправлять общія с ней права, но в общеніи члена семейства, благоденствіе и несчастье, стыд и честь котораго касаются до всего семейства.

Это выражается двойным образом; отчасти именно в том правѣ, которое имѣет единичная личность на род, отчасти в том, которое род имѣет на нее. Первое состоит в притязаніи на защиту и помощь, второе в ограниченіях, которым подвергается единичная личность в интересѣ рода.

Обязанность родственников оказывать взаимную помощь есть одно из естественнѣйших и обыкновеннѣйших слѣдствій семейнаго принципа. Форма и степень, в которой она существует, у различных народов различна; у нѣкоторых возвышается она до кровомщенія, у других, как напр. у Германцев, проявляется в обязанности вносить свою долю в пенѣ за смертоубійство [79]).

Что касается до объема этой обязанности в древнѣйшем римском правѣ, то прежде всего принятіе обязанности *правоваго* заступленія едва ли натолкнется на противорѣчіе. *Один* случай его примѣненія нам ясно засвидѣтельствован, а именно опека [80]). А

---

[79]) См. *von Sybel*, Entstehung des deutschen Königthums, S. 20 fl. и *Waitz* Deutsche Verfassungsgeschichte B. 1 S. 212—215 u. Beil. 1 von der s. g. Gesammtbürgschaft.

[80]) Хотя Цицерон de invent. II, 50 называет только cura furiosi (см. также Varro de re rustica I, 12 mente est captus atque ad agnatos et *gentiles* est

Digitized by Google

именно, если не было опекуна, то на помощь выступали родичи. Разумѣется это надо понимать не так, как будто всѣ члены рода руководили опекой, а так, что их постановленіем она передавалась одному из них. Но попеченіе рода не ограничивалось только *назначеніем* опекуна, а без сомнѣнія заключало в себѣ и *надзор* над ним. Неспособному или подозрительному опекуну род предлагал или сложить с себя свою должность или сдать ее другому (tutela cessicia); если он упорствовал. то первоначально род мог конечно сам распорядиться отрѣшеніем его от должности, в позднѣйшем же правѣ достигал этого тѣм, что побуждал кого либо из своей среды к вчиненію actio suspecti tutoris. Этот иск был иском популярным, который мог вчиняться каждым из народа; и древнѣйшее право знает еще нѣсколько других таких же исков, посредством которых всякій может подобным образом охранять интерес другой личности. Они образуют поражающій контраст с той строгостью, с которой это право держится в остальном легитимаціи иска и я склонен понимать их, как слѣдствія семейнаго принципа [81]). Если кто не был в состояніи защищать самого себя, и этой нуждѣ нельзя было помочь назначеніем опекуна, то род, если в нуждающемся не принимали участія ближайшіе родственники, обязан был доставить ему необходимую защиту. Сюда принадлежит напр. случай, когда он находился во вражеском плѣну. Его оставленное имущество было в этом случаѣ без присмотра, оно явно нуждалось в защитѣ. Позднѣйшее право доставляет ее в формѣ популярнаго иска, actio furti против всякаго, кто похитил вещи из этого имущества; в древнѣйшем правѣ замѣнял ее

deducendus), но уже по причинѣ проходящей параллельности между правом наслѣдства и опекой не может быт подвержено никакому сомнѣнію, что родичи послѣ агнатов призывались как к наслѣдству, так и к опекѣ. См. дальнѣйшее *Rudorff* Das Recht der Vormundschaft. B. 1. S. 210 ff.

[81]) Позднѣйшіе римскіе юристы принимали, что древнѣйшее право покинуло здѣсь свое основное положеніе: nemo alieno nomine lege agere potest. Но послѣ испробованнаго в текстѣ приведенія этого иска въ связь с древним родовым устройством исчезла бы эта мнимая странность. Род не *уполномочен* исключительным образом побуждать к вчиненію иска за своего безпомощнаго члена, но он *обязан* принять в нем участіе. Возбужденный иск защищает слѣдовательно прежде всего *право* и *дом* самого рода, и только посредственно идет на пользу заинтересованному.

Digitized by Google

союз родичей. Сюда же принадлежит далѣе случай, когда родич в самом Римѣ незаконным образом держался в тюрьмѣ, или как мнимый раб, или по причинѣ утверждаемаго долга. Если в этом случаѣ никто не выступал vindex'ом по собственному побужденію, то это было дѣлом рода позаботиться о назначеніи таковаго. Род не только преслѣдовал этим свой собственный интерес, но и исполнял в тоже время лежащій на нем долг. Таже точка зрѣнія обнаруживалась и в том, что если один из его членов был убит, и у него не было ближайших родственников или они были неспособны за него отомстить, то на род падала обязанность мстителя. Еще в позднѣйшее время налагается на родственников долг преслѣдовать убійцу правовым путем, но что в позднѣйшее время производится в формѣ иска, первоначально совершалось в формѣ самоуправства. В одном учрежденіи, которое приписывается мнимому закону Нумы, можно еще признать слѣды древняго кровомщенія [82]). Если кто либо убивал другаго по *ошибкѣ*, то он должен был доставить его родственникам барана; этот был козлищем отпущенія, над которым вмѣсто убійцы они совершали смертную казнь [83]). Пролитая кровь требовала снова крови; если *родственники* должны были исполнить это требованіе в случаѣ неумышленнаго убійства, то тѣм болѣе имѣло это силы в случаѣ умышленнаго.

Как безсиліе отдѣльнаго родича отомстить за себя или защитить свое право обязывало род к мести или помощи, так и денежное его безсиліе возлагало на род обязанность вспоможенія. Классики [84]) свидѣтельствуют нам об этом относительно случая выкупа из

---

[82]) Serv. ad Virg. Eclog. IV, 43. In legibus Numae cautum est, ut si quis imprudens occidisset hominem pro capite occisi agnatis (по счастливой догадкѣ Хушке вмѣсто рукописнаго et natis) ejus in concione offerret arietem.

[83]) Fest. Subigere arietem in eodem libro Antistius esse ait dare arietem, qui pro se agatur, caedatur. Мнѣнія о цѣли жертвы конечно весьма расходятся. См. *Rein*, Das röm. Kriminalrecht, S. 403. Приведенное в текстѣ есть мнѣніе Ed. Platner Quaest. de jure crimin. p. 37. Баран является заступающим мѣсто виновнаго и в других мѣстах, см. напр. Arnob. adv. gent. V, c. 21.

[84]) См. свидѣтельства у *Walter* Röm. Rechtsgeschichte Aufl. 3, § 15 Note 28 — 30. Эта обязанность повторяется впрочем и при кліентах и трибулах, см. напр. Liv. V, 32 accitis tribulibus clientibusque quum responsum tulisset: se collaturos quanti damnatus esset, ibid. XXXVIII, 60.

Digitized by Google

вражескаго плѣна, относительно тяжелых, необычайных государственных податей и даже относительно денежной пени, наложенной на отдѣльнаго члена. Был ли это болѣе нравственный, чѣм юридическій долг, могло ли в послѣднем случаѣ даже третіе лице сдѣлать его дѣйствительным, как это было у Германцев относительно обязанности принимать участіе во внесеніи пени за смертоубійство [85]), другими словами, заключал ли он в себѣ слѣдовательно эвентуальную отвѣтственность рода, этого нѣт возможности опредѣлить. Напротив того смѣло можно принять, что для рода было дѣлом чести не оставлять своих сочленов, попавших вслѣдствіе незаслуженной бѣдности в бѣду, напр. в долговую тюрьму. Во вражеском ли плѣну томились они, или в тюрьмѣ в самом Римѣ, причем должны были ожидать продажи trans Tiberim, и в самом дѣлѣ было одинаково.

Потребное денежное вспоможеніе могло быть отчасти собрано добровольной складчиной, отчасти назначено постановленіем рода. Можно думать, что и имущество рода, о котором впослѣдствіи будет подробнѣе, употреблялось для подобных цѣлей.

Эта обязанность взаимной поддержки,—ее можно было бы назвать застрахованіем от бѣды и несправедливости, — давала патриціям чрезвычайное превосходство над плебеями. В этом частноправовом братствѣ точно в такой же степени, быть может, лежало основаніе их долговѣчной силы сопротивленія, как и в их господствующем государственно-правовом положеніи.

Понятно, что этому праву, которое имѣла отдѣльная личность на род, должны были соотвѣтствовать ограниченія и обязанности с ея стороны. Если она опиралась на род, то и этот в свою очередь опирался на нее; обѣ стороны этого отношенія были послѣдствіями одной и той же основной идеи и обусловливали взаимно друг друга.

Точка зрѣнія, лежащая в основаніи этих ограниченій, которыя мы намѣрены теперь изучать в отдѣльности, есть точка

---

[85]) Всего дальше пошло в этом отношеніи англосаксонское право. привлекши рядом с родственниками gegyldan, т. е., по вѣрному опредѣленію *Зибеля*, заступающих мѣсто древних родичей, к уплатѣ третьей части, иногда половины пени за смертоубійство.

Digitized by Google

зрѣнія отношенія соединенія (coordinirtes Verhältniss) всѣх родичей, которое влечет за собой взаимныя права и обязанности. Я должен дать тѣм бо́льшее удареніе этому замѣчанію, что внѣшность видимо ему противорѣчит, вѣрное же пониманіе этого отношенія имѣет по моему мнѣнію значеніе, далеко выходящее за тѣсные предѣлы рода. В слѣдующих параграфах будет показано, что и отношеніе единичной личности, также как и рода, ко всему государству есть отношенія соединенія, и только в военном устройствѣ появляется подчиненіе. Если теперь все государство есть только род в увеличенных размѣрах, также как и род можно назвать государством в уменьшенных, то мы уже здѣсь должны обратить строгое вниманіе на это повсюду проходящее отношеніе государственнаго общенія. Ограниченія, которыя мы здѣсь найдем, повторяются там; убѣдимся же здѣсь тотчас, что они не основываются на идеѣ государственнаго *подчиненія*.

Род есть ничто иное, как совокупность всѣх родичей, и его обозначеніе названіем gentiles выражает одним словом его истинное существо. А именно, если он является только совокупностью родичей, то он и не может имѣть другой высшей власти, чѣм сами послѣдніе, или, другими словами, отдѣльный член стоит не *под* родом, но *рядом* с родичами. Отношеніе нисколько не измѣняется тѣм, что они избирают одного из своей среды представителем (decurio). За исключеніем его военной функціи, по которой он носит свое имя, ему нечего приказывать, он должен только руководить преніями рода и приносить жертвы от его имени. Сохраненіе первоначальнаго семейнаго союза в родѣ ограничивается отношеніем *братьев* между собой; отношеніе patria potestas не скопировано государственным правом ни в родѣ, ни в цѣлом государствѣ.

Если теперь это соединяющее отношеніе братства налагает на отдѣльную личность ограниченія, то их нельзя понять иначе, как считая их цѣной, за которую дѣлалась эта личность причастной выгодам этого отношенія; они не носят инаго характера, чѣм тѣ ограниченія, которым подвергается каждый при вступленіи в какой бы то ни было частноправовой союз, даже при заключеніи договора. Если сочлен таковаго союза дѣлает себя по своему поведенію его недостойным, то что может быть естественнѣе его исключенія? Ничего другаго и не представляла та нравственно-

Digitized by Google

судебная власть рода, от которой дошло до нас, как отдѣльный примѣр, осужденіе памяти недостойнаго родича послѣ его смерти и опредѣленіе, чтобы никто впредь не носил его имени. На этом построили нисколько не сомнительное заключеніе, что этот сочлен при жизни должен был потерпѣть наказаніе исключенія из рода. Тѣсное отношеніе родичей и общность их чести необходимым образом заключали в себѣ такую заботу о нравственной чистотѣ и добром имени их товарищества.

Меньшим наказаніем является отлученіе от родоваго богослуженія. Хотя другія наказанія нам и не засвидѣтельствованы, но посредственно, двумя этими, они сдѣланы возможными. Если напр. род опредѣлял с сочлена, который против него провинился, денежную пеню, то хотя послѣдній и не обязан был подчиняться этому рѣшенію — ибо как могли его товарищи *наказать* его, отнять у него что нибудь из его собственности? — однако с другой стороны послѣдніе могли тогда объявить, что они не хотят терпѣть его долѣе при богослуженіи или вообще в своей средѣ. В этом отрицательном наказаніи лежало *непрямое* средство принужденія к подчиненію положительному наказанію. Это подчиненіе опиралось слѣдовательно на собственный выбор наказуемаго, на его согласіе; и здѣсь, гдѣ нам наказаніе встрѣчается в первый раз, как институт публичнаго права, я имѣю право тотчас обратить вниманіе на то, что и оно покоряется тому основному положенію, которое мы доказали в предъидущем отдѣлѣ, именно тому, что субъективная воля есть первоначальный источник права и обязанности. Виновный покоряется карающему приговору рода, так как иначе он мог ожидать изгнанія из его среды [85a]).

Итак этот отрицательный способ наказанія вполнѣ вознаграждал род за отсутствіе положительной карающей власти или, вѣр-

---

[85a]) Точно такое же отношеніе, какое Cicero pro Caec. c. 33 и 34 находит в другом случаѣ: quam multam si sufferre voluissent, tum manere in civitate potuissent. В высшей степени характеристично для представленія древнѣйшаго времени и то, что наказаніе, которое присягающій призывает на себя на случай клятвопреступленія, состоит в *исключеніи*. Festus sub Lapidem: arce bonisque ejiciat, полнѣе у Polybius III, 25, ἐπὶ τῶν ἰδίων βίων, ἱερῶν τάφων ἐγὼ μόνος ἐκπέσοιμι. *Danz*, Der sacrale Schutz. S. 13. fl.

Digitized by Google

нѣе, по послѣдствіям он заключал ее в себѣ, подобно тому как отлученіе от церкви в средніе вѣка заключало в себѣ карающую церковную власть. Это доставляло роду возможность имѣть над отдѣльным сочленом нравственносудебную власть, непрямым путем умѣрять в высшей степени дѣйствительным образом ту, должен я сказать, теоретически неограниченную свободу индивидуума; и мы имѣем право принять, что род дѣлал из этой власти обширное употребленіе. Это была чисторимская идея, что хотя не имѣют права *правом* ограничивать индивидуальную свободу из за возможнаго злоупотребленія, однако злоупотребленію должно воспрепятствовать другим путем, нравственнополицейской властью цензора. Если это, для нашего пониманія в высшей степени странное вторженіе цензора в частную жизнь не противорѣчило римскому образу мыслей даже во время высшаго развитія свободы, то тѣм скорѣе можно приписать подобный взгляд древнѣйшему времени. Отчасти именно потому, что эта идея вообще патріархальна, дѣтски наивна, отчасти и главное потому, что нравственносудебная власть несравненно болѣе подходит к древнему родовому устройству, чѣм к складу позднѣйшаго устройства. То, что публичный чиновник привлекает к отвѣту гражданина за лѣность, легкомысліе и т. д., имѣет нѣчто гораздо горшее, представляет несравненно болѣе рѣзкое вторженіе в сферу права отдѣльной личности, чѣм когда это совершается со стороны товарищей, которые в случаѣ нужды должны будут помогать этой личности. Относительно послѣдних является это средством обезпеченія, требуемым их собственным интересом и уваженіем к доброй славѣ их товарищества; это члены семейства дают личности предостереженіе, ни один посторонній к этому не привлекается. Вышеупомянутая нравственносудебная власть цензора имѣет в семействѣ свою естественную точку исхода.

Итак, далекій от того, чтобы считать с цензуры введеніе нравственносудебной власти в Римѣ, я вижу в первой только позднѣйшій вид весьма древняго учрежденія, отправленіе этого учрежденія от лица *всего государства* как относительно *плебеев*, так и относительно патриціев, между тѣм как до тѣх пор оно было связано с *патрицийским* родовым устройством. Замѣчательно, что цензура вводится два года спустя послѣ lex Canuleja, даровавшаго плебеям connubium с патриціями и что ея сила и вліяніе возра-

Digitized by Google

стают в той же мѣрѣ, как древнее родовое устройство их лишается. Послѣ того, как семейноправовая стѣна между патриціями и плебеями была разрушена этим законом, цензура положила зародыш всеобщаго распространенія этой, первоначально патриційской полиціи нравов. Идея была прежняя, форма была новая, обусловленная отсутствіем у плебеев родовой связи. Способы наказанія, находившіеся к услугам цензора, имѣли тот же характер, как и у рода, именно характер исключенія (из трибы, сената, сословія всадников); они основывались на той же идеѣ, как и у того; именно на той, что общество не имѣет никакого права наказывать единичную личность за ея *недостоинство*, однако имѣет полное право от нея отречься.

Эту характеристическую особенность цензорских наказаній можно привести, как еще новое доказательство моего мнѣнія [86]). Но настоящее, внутреннее основаніе послѣдняго лежит в том, что римская *полиція нравов* в такой степени есть *слѣдствіе семейнаго принципа*, что отправленіе ея цензором не только уполномочивает нас заключить о прежнем исполненіи ея родом, но и само дѣлается понятным только при этом прикрѣпленіи к семейству. Эта власть цензора могла достигнуть силы только чрез то, что была перенесена от рода, как нѣчто давно принятое и обычное; она должна была сначала образоваться и развиться на почвѣ родоваго устройства, чтобы быть в состояніи существовать далѣе внѣ его.

По предъидущему не подлежит никакому сомнѣнію, что эта полиція нравов в ея первоначальном видѣ имѣла по крайней мѣрѣ тот же объем, какой позднѣе она имѣла в руках цензора. Но извѣстно, что цензор привлекал к отвѣту гражданина не только за безчестные и безнравственные поступки, но и за превратный и легкомысленный образ экономической жизни. Его вмѣшательство можно привести к той точкѣ зрѣнія, что оно имѣло мѣсто всюду, гдѣ кто либо не соотвѣтствовал молчаливому предположенію, под которым право предоставляло ему неограниченную свободу, — предположенію достойнаго, разумнаго ея употребленія; оно содержало лежа-

---

[86]) И приговор рода, как и приговор цензора, называется nota. Liv. IV. 20 gentilicia nota adjecta.

Digitized by Google

щее внѣ частнаго права смягченіе и противовѣс этой крайней свободы. Итак мы можем приписать одинаковой власти рода то же значеніе для древнѣйшаго времени. Она примиряет с нравственностью принцип субъективной воли, заключающій в себѣ возможность самых безнравственных послѣдствій. Она защищает дѣтей, жен и рабов, которых этот принцип предает без всяких ограниченій во власть хозяина дома, от жестокаго и тиранническаго обращенія с ними. Если отец или супруг считал себя уполномоченным на осуществленіе своего jus necis ac vitae, то не было ничего проще, как пригласить род на собраніе, и семейные суды позднѣйшаго времени едва ли представляют продукт этого позднѣйшаго времени [87]), но скорѣе находят свою естественную точку исхода в родовом устройствѣ, в полиціи нравов рода, равно как и в его обязанности принимать участіе и в своих в patria potestas состоящих сочленах. Род напоминает расточителю, который по послѣдовательности понятія собственности имѣет право промотать наслѣдство своих отцов, что он не должен забывать обязанностей относительно своих. Если он не обращает вниманія на напоминаніе, то род отнимает у него управленіе имуществом посредством cura prodigi. Излишне замѣчаніе, что в послѣдней мы имѣем перед собой слѣдствіе и остаток семейнаго принципа; она на столько же обезпечивает право наслѣдованія ближайших родственников расточителя, насколько ограждает род от опасности, что послѣдній впослѣдствіи обратится ему в тягость.

В заключеніе можно упомянуть о высоком политическом значеніи этой родовой полиціи нравов. Для могущественнаго положенія, которым патриціи были обязаны своему плотному корпоративному единенію, она имѣла самую высокую цѣну. Сословіе, которое плотно держится вмѣстѣ и поддерживает в нуждѣ своих сочленов, всегда будет имѣть значительный перевѣс над всѣми другими. Но послѣдній может долго поддерживаться против сопротивленія, которое постоянно будет подниматься против него извнѣ, только тогда, когда с ним примиряет болѣе высокая степень чести и нравственной чистоты. Но полиція нравов

---

[87]) Так *Klenze*, Zeitschr. für hist. Rechtsw. Bd. 6 S. 21 ff.

Digitized by Google

корпораціи над своими сочленами, если она сама одушевляется вѣрным духом, есть существенное средство споспѣшествованія для этой цѣли и та простота и чистота патриційских нравов, которую не осмѣливалась [88]) отвергать даже ненависть партіи плебеев, и которая понятно должна была чрезвычайно укрѣпить политическое положеніе патриціев, и она преимущественно относится на счет родовой полиціи нравов. Практическій инстинкт Римлян позиал с самого начала, что свобода, чтобы сдѣлаться *силой*, должна сама себѣ положить предѣлы, и тот неукротимый дух, из котораго вышел принцип субъективной воли, нисколько не соблазнился тѣм, что этот принцип при своем осуществленіи подвергнулся ограниченіям, которыя даже нашему хилому чувству личности показались бы невыносимым опекунством. Существенное различіе заключается конечно в том, что эти ограниченія были в Римѣ *дѣлом собственной воли*, представляли охотно платимую цѣну, за которую покупали благо, которое еще не давалось этим принципом, а именно защиту, помощь и поддержку со стороны товарищей.

Обратим теперь вниманіе на прочія ограниченія, которыя влекло за собой родовое устройство. О заключающемся в нем правѣ самоуправленія рода нѣт надобности говорить что либо болѣе того, что и здѣсь обязательная сила его рѣшеній может быть приведена к взаимному договорному обязательству отдѣльных сочленов. По *дѣйствію* эти рѣшенія подобны законам, по *формѣ* они — уговоры отдѣльных родичей. И закон примыкает в Римѣ к точкѣ зрѣнія договора всѣх единичных личностей, т. е. к нашему принципу субъективной воли, и в слѣдующих параграфах мы попытаемся точно также подвести законодательную власть всего государства под эту точку зрѣнія, как подвели под нее законодательную власть рода.

Ограниченія, которыя нам теперь остается разсмотрѣть, касаются древнѣйшаго семейнаго и имущественнаго права. Мы можем принять при этом во вниманіе и тѣ, которыя, не будучи введены

---

[88]) «Никогда не упрекаются они плебеями в недостаткѣ sanctitas и castitas». *Rubino*, Untersuchungen über röm. Verf. und Gesch. B. 1 S. 230 Anm. 3, который приводит свидѣтельство Cicero de republ. II, 34: quum honore longe antecellerent ceteris, voluptatibus erant inferiores.

Digitized by Google

прямо в интересѣ рода, всетаки представляются послѣдовательностями или послѣдствіями семейнаго принципа. Таковыми кажутся нам именно относящіяся к браку. В позднѣйшем римском правѣ брак есть вполнѣ мірское, свѣтское и относительно своей продолжительности совершенно предоставленное произволу супругов отношеніе. В древнѣйшем государствѣ, построенном исключительно на семейном принципѣ, с ним обращались с особенной серьезностью. Вступленіе в него было религіозным актом, а расторженіе его было возможно только в очень немногих случаях и то только при содѣйствіи жреца. Десять свидѣтелей принимали участіе в обоих актах; они заступали мѣсто или десяти родов куріи или десяти курій той трибы, к которой принадлежал муж. В их привлеченіи высказана мысль, что брак единичной личности имѣет значеніе и интерес для цѣлаго племени, есть общественное событіе. Может быть эта форма имѣла и практическую цѣль, засвидѣтельствовать юридическую возможность брака, в особенности существованіе connubium. Древнѣйшее римское право, насколько мы знаем, не позволяло [89]) себѣ вторгаться в сферу частнаго права таким образом, чтобы *запрещать* под страхом наказанія сочетанія с лицами, которыя не имѣли connubium, но оно ограничивалось лишеніем этих сочетаній характера *римскаго* брака, т. е. римское семейное право не находило примѣненія к женѣ и дѣтям, все потомство было исключено из рода. И это ограниченіе является слѣдовательно не абсолютным, а таким, которому добровольно подвергались, чтобы обезпечить дѣтям родовое право. Идея connubium весьма характеристична впрочем для правоваго воззрѣнія, которым мы здѣсь занимаемся. Она основывается на том horror alieni, который составляет оборотную сторону плотнаго, семейству подобнаго союза, на стремленіи держать вдали от себя всѣ разнородные элементы и восполняться только из самого себя [90]). По своей первоначальной идеѣ connu-

---

[89]) Как напр. право восточных народов. Даже у Саксов брак между лицами разных сословій был запрещен под страхом смертной казни. См. *Waitz*, Deutsche Verfassungsgesch. B. 1 S. 84 Anm. 2.

[90]) Запрещеніе вольноотпущенным женскаго пола выходить замуж внѣ рода покоилось на другом основаніи, а именно на интересѣ рода удержать их в отношеніи подчиненности к себѣ. Бракосочетаніем с принадлежащим к другому

Digitized by Google

bium было ограничено сочленами родоваго государства; внѣ его даже родственным по происхожденію народам оно должно было быть сперва *пожаловано* или сдѣлано общим с ними.

Гдѣ семейство свободно и подвижно, там может быть таковым и имущество; гдѣ оно связано, там это влечет за собой и для послѣдняго тоже слѣдствіе. Римское родовое устройство было не совмѣстимо с имущественноправовой свободой позднѣйшаго времени, послѣдняя могла образоваться только на его развалинах. Чтобы род был безпрерывен и крѣпок, он должен был имѣть под собой твердое матерьяльное основаніе, должна была быть установлена извѣстная обезпеченная связь между ним и находящимся в нем имуществом. Мы уже разсмотрѣли полицію нравов рода, как средство предотвратить расточеніе имущества, но она имѣла только ограниченное дѣйствіе. Ибо что дѣлать, если сочлен со всѣм своим имуществом захочет перейти в другой род или оставить его в своем завѣщаніи не сочленам? Если это было безусловно дозволено, то род мог обѣднѣть; его налоги становились бы для единичных личностей в той же мѣрѣ тягостнѣе, искушеніе избавиться от них переходом из одного рода в другой в той же степени сильнѣе.

Исходя из этого политическаго значенія имущества, многіе допустили себя увлечься до того, что вполнѣ отрицают для древнѣйшаго государства частную поземельную собственность и ставят на ея мѣсто ager publicus [91]). Но мнѣ это кажется опасным, далеко за свою цѣль перелетающим заключеніем [92]). Наши источники болѣе противорѣчат этому предположенію, чѣм его подтверждают [93]),

---

роду вольноотпущенным или кліентом вольноотпущенная выступала из этой зависимости. Иногда это (т. е. gentis enuptio) дозволялось.

[91]) Принимая *наслѣдственное и отчуждаемое* право пользованія этим ager publicus, снова вводят частную собственность, которую на словах отрицают, только под другим именем. На дѣлѣ же это право было бы точно такою же частной собственностью, как и право на провинціальныя имѣнія, которыя теоретически были собственностью римскаго государства, и интерес родоваго устройства точно также должен был бы охраняться здѣсь от свободной отчуждаемости между живущими и в завѣщаніи, как мы это выведем впослѣдствіи в текстѣ.

[92]) Хушке по моему мнѣнію справедливо назвал его основным заблужденіем Нибура.

[93]) См. *Walter* Röm. Rechtsgeschichte Aufl. 3 § 18.

Digitized by Google

а не обращая на них вниманія, должно было имѣть самыя настоятельныя общія основанія, чтобы у народа, у котораго принцип частнаго права с самаго начала выступил с величайшей рѣзкостью и опредѣленностью, отрицать именно самую главную собственность, собственность поземельную. Во время XII таблиц послѣдняя является уже в выработанном видѣ [94]), в котором нѣт ни малѣйшаго слѣда, ни малѣйшаго отголоска мнимаго прежняго состоянія. Развѣ «плебейскій принцип» которому приписывают частную поземельную собственность, во время XII таблиц так полно и так давно побѣдил патриційскій принцип, что от него не осталось даже воспоминанія? И это было возможно относительно поземельной собственности и во время процвѣтанія родоваго государства? — двух отношеніях, на которых, как нигдѣ, должна была бы выказать себя в удвоенном и учетверенном размѣрѣ извѣстная консервативная сила римских правовых идей? Далѣе, это должно было совершиться плебеями, ими, которые жили тогда еще в очень скромном и униженном положеніи и не имѣли в том никакого интереса, чтобы навязывать патриціям им одним по тому предположенію знакомую частную поземельную собственность.

Все мнѣніе представляет ряд нелѣпостей и погрѣшность против остальнаго характера образованія римскаго права, считая его способным на один этот раз вполнѣ отречься от своей обычной медленности, соразмѣрности и развитія изнутри наружу, сдѣлаться невѣрным самому себѣ. Такое фундаментальное учрежденіе, как исключительно общая собственность, должно было в началѣ царскаго періода еще находиться в полном цвѣту, а в концѣ его уже преобразиться в свою прямую противоположность! И эта колоссальная революція всего правоваго состоянія — ибо таковой была она — мотивируется только смутной гипотезой видимо с самого начала вполнѣ противоположнаго принципа; не внутренняя потребность, не только не развитіе извнутри наружу, но единственно сила плебейскаго примѣра и *внѣшнее* внесеніе самого по себѣ чуждаго вызвало эту революцію. И чтобы эта революція прошла без потрясеній, чтобы ни малѣйшаго слѣда ея не осталось в памяти народа,

---

[94]) Я напомню напр. об опредѣленіи XII таблиц о пріобрѣтеніи недвижимаго имущества давностью, о сервитутах и т. д.

Digitized by Google

ни слабаго воспоминанія в самом правѣ; чтобы свободная, неограниченная частная собственность, как она существовала у плебеев, вкоренилась без малѣйшей попытки защищаться со стороны родоваго устройства, которому она наносила смертельный удар!

Нѣт, точно так же нелѣпо вполнѣ отрицать первоначальную частную собственность в родовом государствѣ, как и принимать чрез сальтомортале в противоположную крайность вполнѣ свободную и нестѣсненную частную собственность. Истина лежит посрединѣ между двумя крайностями. А именно, в Римѣ издавна существовала отчасти публичная, общественная, отчасти интересом рода стѣсненная частная поземельная собственность.

Публичная собственность государства, ager publicus, общеизвѣстна. Для меня не подлежит никакому сомнѣнію, что первоначально это отношеніе никоим образом не ограничивалось цѣлым государством, но повторялось в каждом родѣ, что оно было даже перенесено скорѣе от рода на все государство, чѣм от послѣдняго на родовое отношеніе. Я ссылаюсь на то, что род представляет государство в малом видѣ, что из трех интересов, достигающих своей кульминаціонной точки в цѣлом государствѣ, политическаго, религіознаго и военнаго, каждый повторяется в родѣ, и что если там для удовлетворенія этих интересов потребно отношеніе ager publicus, то здѣсь оно должно быть по крайней мѣрѣ столь же необходимо. Центр тяжести и налоги древнѣйшаго государства лежали не столько в нем и на нем самом, сколько в родах и на родах; если ager publicus необходим был для кровли, которую оно накрывало над отдѣльными родовыми домами, и которая покоилась на них как на своих столбах, то та же потребность существовала в гораздо бо̀льшей степени и для отдѣльнаго рода.

Можно различным образом думать о пользованіи родовыми недвижимыми имѣніями, а именно отчасти как об общем для всѣх родичей и безденежном, отчасти как о раздѣльном и оплачиваемом, иногда на основаніи предпринятой между ними отдачи на откуп болѣе всѣх дающему. Первое отношеніе несомнѣнно имѣло мѣсто относительно родовой усыпальницы [95]), в германском родовом госу-

---

[95]) *Göttling*, Gesch. der röm. Staatsverf. § 40 a. E.

Digitized by Google

дарствѣ находим мы его также относительно пахотной земли [96]), относительно же пастбищной оно гораздо естественнѣе и потому встрѣчается и в Римѣ [96]a).

Эти отношенія общности, исключая родовой усыпальницы, не удержались болѣе в позднѣйшем правѣ, но удержалось, как я думаю, важное, посредственное, от своего отношенія к родовому устройству освобожденное их послѣдствіе — *популярные иски* [96]b). Эти иски представляют замѣчательное явленіе; не только с точки зрѣнія нашего теперешняго публичнаго права, в том отношеніи именно, что посредством их частныя лица отправляют поставленную под опредѣленныя правовыя правила полицію [97]), но и с точки зрѣнія римскаго права, насколько именно это право, в остальном самым строгим образом держащееся правила признанія полномочія (Sachlegitimation) истца на дѣло, здѣсь однако допускает иски, которые видимо не предполагают ни малѣйшаго спеціально личнаго интереса истца.

Странность этого явленія исчезает, если его поставить в связь с той особенной общностью права, которая имѣла мѣсто в

---

[96]) Caesar de bello Gallico IV, 1, VI, 22. См. об этом в особенности *von Sybel*, Entstehung des deutschen Königthums, S. 5 fl.

[96]a) Ager compascuus у Cic. Top. c. 3. Horat. Carm. II, 15, 13. Privatus illis census erat brevis, commune magnum.

[96]b) Рядом с исками, обозначаемыми Римлянами actio popularis, при которых истец удерживает выигранное их производством, попадается еще другой род исков, которые равным образом предоставлены каждому из народа, при которых однако отвѣтчик присуждается не ему, но народу, который тогда чрез своих чиновников возбуждает act. judicati (сравни с этим стр. 141 сверху). Обращеніе впервые вниманія на этот до тѣх пор незамѣченный род исков (которым Римляне конечно не давали этого имени, *Bruns* Zeitschr. für Rechtsgeschichte III, S. 370, 386 fl. 401 fl.) есть заслуга *Th. Mommsen*'a, Die latinischen Stadtrechte der Gemeinden Salpensa und Malaca S. 461—466, и *Geib*'a, Lehrbuch des deutschen Strafrechts I, S. 69—73, 106—110, заслуга *Bruns*'a, a. a. O. — утвержденіе различія между обоими родами исков. — С изложеніем в текстѣ, которое ограничивается популярными исками на языкѣ Римлян и перенесено неизмѣненным из перваго изданія, надо теперь еще сравнить III, 329, 337 fl.

[97]) Такіе популярные иски дозволяет вчинять римское право каждому, кто имѣет охоту, против того, кто на публичных мѣстах, больших дорогах, водах и т. д. произвел противныя полиціи перемѣны, вывѣсил из своих окон или с своей крыши вещи, которыя угрожают упасть вниз и тѣм подвергают опасности проѣзд и т. д.

Digitized by Google

родовом устройствѣ. Вещи рода принадлежали всѣм родичам вмѣстѣ [98]). Это право отличалось от того, которое принадлежало единичной личности как таковой, тѣм, что оно не было исключительно, но было нераздѣльно-обще ей и ея товарищам, и потом тѣм, что оно не было отчуждаемо, но было нераздѣльно соединено с ея качеством, как сочлена союза — род права, весьма распространенный в нѣмецком правѣ, в позднѣйшем римском однако уничтоженный принципом исключительности права [99]). Популярные то иски и назначены, по своей первоначальной идеѣ, охранять *это особенное отношеніе нераздѣльно-общаго права.* Каждый сочлен сам по себѣ имѣет право на иск; кто дѣйствительно возбуждает иск, напр. за оскорбленіе общей усыпальницы, тот, защищая свое *собственное* право, в то же время защищает интерес своих товарищей. Но основаніе его иска лежит *в его собственном правѣ*, и обстоятельство, что его дѣятельность равным образом приносит пользу и другим, отнюдь не дает ей характера представительности [100]). Эти иски могут слѣдовательно по причинѣ той семейноподобной общности, для охраненія которой они назначены, быть названы слѣдствіями семейнаго принципа [100]a). Если позднѣйшіе римскіе юристы видят в них исключеніе из правила: «nemo alieno nomine lege agere potest», а именно, как будто истец посред-

---

[98]) Не роду, как юридической личности; это есть отвлеченіе, к которому способен только развитой юридическій ум, и которое слѣдовательно мы не имѣем права переносить на времена младенчества права. См. напротив того III, N. 468 u. 480.

[99]) т. е. нераздѣльнообщая собственность всѣх сочленов корпораціи стала пониматься впослѣдствіи, как собственность *одной* юридической личности. Может быть придет время, когда этот шаг снова сдѣлают назад и кинувши эту фикцію попробуют построить юридически то естественное отношеніе. Если этот опыт удовлетворительно удастся сперва для нѣмецкаго права, то едва ли останется это без вліянія для римскаго. (Я сам между прочим сдѣлал этот опыт, III, 344).

[100]) Здѣсь может быт примѣнено положеніе, которое содержит I. 12 pr. de reb. auct. jud. (42. 5): aliquid ex ordine facit et ideo ceteris quoque prodest.

[100]a) Совершенно особенной и до сих пор оставленной почти без вниманія их категоріей являются популярные иски о защитѣ нуждающихся в покровительствѣ лиц, напр. опекаемых малолѣтних (postulatio suspecti tutoris I. 1 § 6, de susp. tut. 26, 10), несовершеннолѣтних (judicium legis Plaetoriae III, 118) и другіе случаи III. 111 ff.

Digitized by Google

ством их заступался за право и интерес государства [100b]), то это совершенно вѣрно с точки зрѣнія новѣйшаго римскаго построенія отношеній (теорія личности), однако с другой стороны и они не всегда же, в противоположность нашей новѣйшей юриспруденціи (III, Note 466, 468a), узнавали дѣйствительный образ отношенія (III, Note 468, 478—480). Как родовыя вещи стоят в собственности не рода, как воображаемой юридической личности, а в собственности родичей, так и *res publicae* не в собственности государства, а всѣх принадлежащих к государству. Итак единичная личность, ищущая напр. о поврежденіи большой дороги, опирается на свое собственное право и интерес, только отношеніе этого дѣла к этой личности здѣсь слабѣе и менѣе бросается в глаза, чѣм при родовых недвижимых имѣніях; ибо чѣм шире становится круг тѣх, кто призван к нераздѣльно общему пользованію и к исковой защитѣ послѣдняго, тѣм легче может избѣжать наблюденія точка зрѣнія, что каждый отправляет здѣсь свое собственное право.

Рядом с общей собственностью родичей существовала, как мы выше пытались доказать, и частная собственность на недвижимое и движимое имущество. Уже замѣчено, что свобода, с которой позднѣе развивается идея собственности, несогласима с родовым устройством. Какого рода были ограниченія, которым подлежало в интересѣ рода право распоряженія собственника, не может быть опредѣлено подробнѣе для отчужденія *отдѣльных* вещей [101]).

Напротив того я считаю возможным доказать, что род был огражден от опасности потерять *все имущество* какого либо лица. Такого рода потеря была для него возможна двойным способом, отчасти именно чрез выбытіе, отчасти чрез завѣщательныя распоряженія его сочленов. Что касается до перваго случая, то римскій народ исходил

[100b]) Gaj. IV, 82..... alterius nomine agere non licebat nisi *pro populo*. I, 1 de pop. act. (47, 23) popularem actionem, quae suum jus populi (—o?) tuetur. I. 8. § 3 de O. N. N. (39, 1)..... alieno jure contendo, non meo.

[101]) О совершенном лишеніи права распоряженія посредством cura prodigi выше уже была рѣчь. *Rudorff*, Schriften der röm. Feldmesser II S. 303 принимает для древнѣйшаго времени свойство родоваго имѣнія, т. е. неотчуждаемость первоначальных, Ромулом данных участков земли; два основанія, которыя он приводит, весьма слабы; я высказался об этом в предисловіи к тому II, части 2.

Digitized by Google

из того взгляда, что гражданину выход из государственнаго союза свободен во всякое время, и что этим пресѣкаются как его права так и его обязанности к государству и к отдѣльным лицам. Род с своей точки зрѣнія ничѣм не мог воспрепятствовать отказу от права гражданства; кто от него ничего болѣе не домогался, от того и он с своей стороны не имѣл права чего-либо требовать. В этой свободѣ выхода не лежало никакой особенной опасности (§ 16). Совсѣм другаго рода было дѣло, когда кто-либо хотѣл оставить свой род не для того, чтобы отказаться от своего права гражданства, но чтобы перейти в другой род; а этого можно было достигнуть путем аррогаціи, именно тѣм, что выходящій просил какого либо сочлена другаго рода усыновить его. Все его имущество доставалось при этом пріемному отцу, выходило слѣдовательно из его прежняго рода [102]). То же самое могло воспослѣдовать и оттого, что кто либо назначал наслѣдником сочлена другаго рода. Но в обоих случаях по древнему праву распоряженіе это ни зависѣло вполнѣ от согласія участвующаго рода, ни было вполнѣ предоставлено желанію субъекта. Система публичной гарантіи (стр. 122 и § 15) давала народу возможность улаживать столкновеніе между интересом рода и волею одного из его сочленов, смотря по обстоятельствам, в пользу той или другой стороны. Могли одинаковым образом существовать предположенія, при которых обѣ эти мѣры были вполнѣ правильны, даже полезны для интереса государства, как и наоборот случаи, когда противорѣчіе рода заслуживало полнаго уваженія. Предшествовавшія голосованію народа пренія давали заинтересованным личностям, к которым принадлежали при аррогаціи и заимодавцы, случай защитить свои интересы.

В предъидущем мы изслѣдовали внутреннюю организацію рода и тѣм самым изложили самую сущность родоваго устройства. С отно-

---

[102]) In adoptionem datio могла равным образом произвести переход в чужой род, но здѣсь не переходило имущество, потому-что filiusfamilias был имущественно неправоспособен; потому здѣсь не надо было налагать ограниченія на волю отца.

Digitized by Google

шеніем родов ко всему государству мы можем для нашей цѣли покончить в немногих словах. Послѣднее есть государственный союз, который своим коренным основаніем покоится на родах. По родам распредѣлены права и тяготы государства, к отдѣльному гражданину государство не стоит ни в каком непосредственном политическом отношеніи. Куріи и трибы суть соединенія родов, первоначальным мотивом которых я считаю интерес военнаго устройства; их политическое значеніе и их корпоративная сплоченность отступают совершенно на задній план пред политическим значеніем и корпоративною сплоченностью родов. Послѣдніе нравственно и юридически развились всего сильнѣе, связь дѣлается тѣм слабѣе, чѣм далѣе она поднимается к верху, и все государство стоит не *над* родами, но состоит *из* них, т. е. его сила есть сумма их сил. Как род основывает только отношеніе соединенія родичей, так и все государство — только связь соединенія отдѣльных родов. Дальнѣйшее развитіе этой мысли мы лучше отложим до ближайших параграфов, а здѣсь, прежде чѣм покинуть род, упомянем только о воздѣйствіи, которое он, по нашему мнѣнію, оказал на семейство.

В древнѣйшем римском правѣ семейство далеко отошло от своего естественнаго основанія — кровнаго родства. Простое кровное родство является здѣсь почти что ничего незначущим фактом; гражданскіе родственники, агнаты, оттѣснили кровных родственников, когнатов, на задній план. Самый отдаленный агнат и родичи исключают эманципированнаго сына — при смерти его отца или внука — при смерти его дѣда по матери из числа наслѣдников; за обоими, столь близко стоявшими к умершему лицами, может быть его единственными потомками, право, видящее в них только чужих, не признает права наслѣдованія, даже на послѣднем мѣстѣ. Откуда эта кажущаяся суровость? Она была послѣдовательностью формалистическаго обращенія с отношеніем родства, которое было сдѣлано необходимым политической функціей послѣдняго в родовом устройствѣ. Семейство, дѣлаясь политической корпораціей, необходимым образом принимает в себя такія составныя части и подвергается таким ограниченіям, которыя чужды его первоначальному существу. Этим подготовляется раскол, возможность распаденія семейства на естественное и юридическое; между тѣм как послѣднее одаряется самыми существенными правовыми выгодами семейнаго

Digitized by Google

отношенія, первое лишается их и предоставляется [102]a) на свободный произвол индивидуальной любви. Из оппозиціи, в которой находилась в подобном случаѣ естественная семейная любовь с юридическим взглядом на дѣло, вышло стремленіе замѣнить для естественнаго семейства правовыми сдѣлками то, в чем закон ему отказал, в особенности завѣщаніем беззавѣщательное право наслѣдованія. У доримских народов семейство препятствовало завѣщательной свободѣ, у Римлян оно вызывает ее своим отчасти извращенным положеніем, по крайней мѣрѣ это положеніе может быть обозначено как достаточная причина, мотивирующая потребность завѣщанія в Римѣ, между тѣм как, не обративши на него вниманія, надо было бы отказаться от такого мотивированія и напротивъ того принять, что завѣщанія обязаны своим происхожденіем не нравственному мотиву, но произволу, возстанію против замѣчаемой у всѣхъ народов связи права наслѣдованія с семейством. В случаѣ сомнѣнія можно предполагать, что правовой институт прежде всего появился на том пунктѣ, гдѣ потребность в нем была всего настоятельнѣе. Мы нашли подобный пункт для римскаго завѣщанія и считаем болѣе вѣроятным, что тот же нравственный мотив, которому обязано своим существованіем право наслѣдованія вообще, — мотив семейной любви, вызвал также и завѣщанія, чѣм чтобы простой произвол мог совершить это.

Государство с точки зрѣнія субъективнаго принципа. — Политическое сотоварищество индивидуумов. — Основаніе карающей власти — месть, законодательной власти и правоваго покровительства — договор. — Lex и jus. — Дуализм признанных государством и просто субъективных прав.

XV. Путь, пройденный нами до сих пор, привел нас от индивидуума чрез семейство к роду, и дѣлая теперь послѣдній шаг — от рода к государству, мы хотим обратить наше вниманіе не столько на ту цѣль, которой мы этим достигаем — древнѣйшее устройство римскаго государства, бывшее предметом стольких изслѣдованій, —

---

[102]a) Поэтому же и в языкѣ строгое различіе между дядями и тетками, двоюродными дѣдушками и бабушками с отцовской и материнской стороны (patruus, amita — avunculus, matertera).

Digitized by Google

сколько на самый шаг, который мы должны сдѣлать к этой цѣли. А именно наш вопрос слѣдующій: представляется ли государство относительно идей, которыя мы до сих пор изучали, шагом или скачком, другими словами, построимо ли оно посредством их или содержит что либо специфически новое?

Этот вопрос может показаться странным; потому что, можно сказать, развѣ государство не есть относительно индивидуумов нѣчто постоянно специфически новое, развѣ оно не есть от них отличная, выше их стоящая власть, дѣйствующая чрез собственных представителей и собственные органы, существо высшаго рода с высшими цѣлями и высшими средствами? Таким, без сомнѣнія, является государство настоящаго времени, но нѣт ничего превратнѣе, как предполагать это пониманіе повсюду, гдѣ государство является в исторіи; потому что оно само, как и государство, которому оно соотвѣтствует, есть дѣло долгаго историческаго процесса. Нам это пониманіе кажется столь естественным, что мы слишком легко впадаем в ошибку и переносим его в прошедшее время, между тѣм как послѣднее соединяло с своим государством совершенно другія идеи. Как один и тот же предмет в различных языках может быть назван с весьма различных исторических точек зрѣнія, как Римлянин, употребляя латинское слово, представлял себѣ предмет с совершенно другой стороны, в совершенно другом видѣ, чѣм мы при соотвѣтствующем выраженіи нашего языка, так случается это и с государством и всѣми его властями и функціями. Civitas, res publica обозначает тот же предмет, который мы называем государством, lex переводим мы законом, judex — судьей, poena — наказаніем и т. д., и нам нисколько не кажется сомнительным снабжать древнѣйшее римское государство, так как мы встрѣчаем в нем leges и judices, законодательной и судебной властью. Но к этим новѣйшим выраженіям пристает все политическое воззрѣніе нашего столѣтія; безсознательно вносим мы с каждым словом что либо ложное в римское государство.

С этой то ошибкой и буду я безпрерывно бороться в послѣдующем. Я надѣюсь имѣть возможность показать, что древнѣйшее римское государство основывалось на совершенно других идеях, чѣм какія соединяем мы с государством, что Римляне разумѣли под res publica, jus publicum, judex, poena publica и т. д. нѣчто совершенно

Digitized by Google

другое, чѣм что мы представляем себѣ под соотвѣтствующими выраженіями нашего языка. Призмой всего их образа пониманія был, по моему мнѣнію, принцип субъективной воли (§ 10—12), и мы намѣрены сдѣлать в послѣдующем попытку на этом основаніи реконструировать для себя их воззрѣніе. Пусть наш опыт предварительно примет вид построенія a priori, в ходѣ изложенія, можно надѣяться, этот вид будет все болѣе и болѣе исчезать, и я сочту мою цѣль вполнѣ достигнутой, если в заключеніе за мной признается простая *возможность* моего взгляда. Доказанная возможность возникновенія римскаго государства из субъективнаго принципа имѣет для принятія дѣйствительности этого возникновенія такое же значеніе, какое дают каждой гипотезѣ, умѣющей связать соединительной линіей два исторически засвидѣтельствованные пункта. Так как исторія, подобно природѣ, не знает скачков, так как обѣ производят самое великое из самаго малаго зародыша, то мы совершенно в нашем правѣ, пытаясь отыскать для государства и его учрежденій незначительныя начала, пытаясь прикрѣпить их к минимуму предположенных нравственных и политических идей.

С точки зрѣнія субъективнаго принципа государственное общеніе представляется договорным отношеніем. Состояніе *сговорчивости*, миролюбія, в котором отдѣльная личность живет с отдѣльной личностью, есть слѣдствіе прямаго или безмолвнаго *договора*, *мира*, *pax*'а, слѣдствіе *pactum*, *pacisci*. Но основанное таким образом общественное отношеніе есть отношеніе *равенства*, *соединенія*. Изслѣдуем, каких послѣдовательностей достигнем мы, проводя послѣдовательно эту точку зрѣнія.

1. Государство относится к гражданам точно также, как и род к родичам, т. е. оно не есть нѣчто от них отличное, нѣчто внѣ их и над ними, но *государство суть они сами*, государство и народ равнозначущи. Если естественныя лица при образованіи рода еще не подвергаются отвлеченію отличной от них личности (прим. 98), то из этого слѣдует, что простое сложеніе многих родов в одно общее государство, соединеніе многих лиц с одной стороны с мно-

Digitized by Google

гими лицами с другой не измѣняет этого отношенія. Оба отношенія, говоря юридическим языком, подпадают под точку зрѣнія политическаго сотоварищества, государство, понятое как субъект, суть всѣ *cives*, «*civitas*». Из этой главной точки зрѣнія слѣдует:

2. Насколько простирается это политическое сотоварищество, субъектом из него вытекающих прав, представителем его интересов является не государство, но весь народ, всѣ граждане, а слѣдовательно и каждый из них в отдѣльности. Частныя и публичныя права отличаются друг от друга не по различію субъекта; субъектом тѣх и других является естественная личность, и различіе заключается лишь в том, что частныя права имѣют *исключительное* отношеніе к единичной личности, в публичных же участвует каждый. Выраженіем для того исключительнаго отношенія служит proprium (pro privo) [103]), для этих, общих народу интересов populicum, publicum, popularis. Res publica, по позднѣйшему пониманію государства представляемая личностью, первоначально означает поэтому только то, что всѣм обще, res publicae — отдѣльныя вещи политическаго сотоварищества, напр. общественныя дороги, мѣста и т. д., на которыя каждый имѣет равное право [104]).

Если теперь отдѣльные индивидуумы должны быть понимаемы, как субъекты публичных прав и если публичные интересы являются ничѣм иным, как интересами всѣх, а потому и каждой отдѣльной личности, то из этого слѣдует, что каждая отдѣльная личность призвана и уполномочена охранять эти интересы, препятствовать их нарушенію, или, если оно совершилось, добывать себѣ удовлетвореніе таким же способом как и в своих частных дѣлах. Если относительно послѣдних первоначальный способ состоял в самоуправствѣ, то мы имѣем право и здѣсь принять тот же ход развитія, а именно мы можем

---

[103]) Выпаденіе v, как при dewa, divus, deus. *Pott* a. a. O. B. 1 S. 266.

[104]) Не надо упускать из виду этой точки зрѣнія при исторіи ager publicus. Он был общинной землей всѣх патриціев, их общей нераздѣльной собственностью; с этой точки зрѣнія они могли с полным сознаніем своего права отвергать мѣтившія на нею стремленія плебеев, как нападенія на свою собственность. Ссылку на это в позднѣйшее время см. у Cicero Tusc. Disp. III, 20 § 48: nolim *mea bona* (государственное имущество) Gracche tibi viritim dividere liceat, sed si facias, partem petam. См. также B. III, 332 Note 468.

Digitized by Google

и при этом подобным же образом, как в области частнаго права, различать самоуправство в тѣсном смыслѣ и частную месть. Нарушеніе свободнаго пользованія общественными вещами, нарушеніе безопасности проѣзда и т. д. дало бы повод только к самоуправству в тѣсном смыслѣ, оно не заключает в себѣ никакого оскорбленія личности имѣющаго права. В позднѣйшее время мѣсто этой, безформенным образом отправляемой народом полиціи заступает ея торжественная форма — actio popularis, о которой уже сказано то, что нужно, по поводу аналогическаго отношенія в родѣ (стр. 173). В какой сильной степени в actio popularis, которую может вчинить каждый гражданин, как таковой, отражается все пониманіе, о котором у нас идет здѣсь дѣло, именно то, что граждане, а не государство, являются субъектом публичных прав, это так очевидно, что нѣт и надобности особенно обращать на это вниманія.

Если претерпѣнное всѣм обществом правонарушеніе подходило под точку зрѣнія деликта или преступленія (delictum или crimen *publicum*) — а это было посредственно возможно и при дѣйствіи, направленном ближайшим образом только против частнаго лица — то месть производил по логической послѣдовательности весь народ (vindicta publica). В отдѣльных слѣдах просвѣчивает это первичное состояніе, столь много примѣров котораго представляет нам исторія у других народов, еще довольно ясно [105]). Ложнаго свидѣтеля свергал народ с тарпейской скалы, homo sacer'a, о котором мы можем трактовать только при изложеніи религіознаго принципа, убивал каждый, кто только имѣл охоту. Как из частной мести развился иск о частном наказаніи, так из vindicta publica иск о публичном (judicium publicum). В позднѣйшее время, когда *государство*, а не всѣ отдѣльныя личности, почиталось оскорбленным, деликт и преступленіе, частное и публичное наказаніе, как по своему понятію, так и по формѣ производства, крайне расходятся друг с другом, однако первоначальным является тождество точки зрѣнія, как оно еще высказывается в том, что выраженія delictum, vindicta,

---

[105]) *Rubino* a. a. O. S. 478 fl. хочет и в провокаціи видѣть «незначительный остаток *народнаго суда*, употребительнаго в старину против внутренних врагов государственнаго общенія», но без сомнѣнія несправедливо.

Digitized by Google

poena употреблялись точно также о преступленіях, как и о частных деликтах.

Переход от народнаго суда к организованной уголовной судебной расправѣ воспослѣдовал гораздо раньше, чѣм переход от частной мести к системѣ частных наказаній. Во время XII таблиц, когда это превращеніе относительно частной мести находится еще в процессѣ образованія, является оно относительно vindicta publica уже вполнѣ законченным. Отчего это происходит? Быть может оттого, что публичная месть, сказал бы я, была гораздо неизбѣжнѣе, неповоротливѣе и потому менѣе жизненна, чѣм частная месть. А именно, между тѣм как при послѣдней противостояли друг другу только два лица, слѣдовательно окончательная цѣль мести—удовлетвореніе здѣсь легко могло быть достигнуто договором обоих лиц, между тѣм при публичной мести угрожало преступнику столько же противников, сколько оскорбленных — а оскорблен вѣдь был каждый гражданин — ему не послужило бы слѣдовательно ни к чему удовлетворить одного или многих из них, ибо постоянно оставались бы неудовлетворенныя лица. Единственный способ погашенія дѣла состоял в заключеніи договора удовлетворенія со всѣм, в комиціях собранным народом, или с кѣм либо, кто был уполномочен представлять его в этом отношеніи. Организація уголовной судебной расправы была слѣдовательно на дѣлѣ прогрессом *въ интересѣ преступника.* Между тѣм, как прежде месть угрожала ему всюду, гдѣ бы он ни находился, была совершенно безмѣрна и неопредѣленна, и никакой договор, никакая ссылка на учиненное уже удовлетвореніе не защищали его от вторичнаго требованія такого же удовлетворенія, перемѣна эта доставляла ему выгоду окончательнаго погашенія дѣла отбытіем наказанія пред всѣм обществом.

Назначенное наказаніе, как и частное наказаніе, могло быть подведено под двойную точку зрѣнія — *удовлетворенія* мести и в измѣненной формѣ происходившаго *совершенія* оной. С обѣих точек зрѣнія возможен был переход от дикаго народнаго суда к устроенной уголовной судебной расправѣ. Онѣ впрочем так переплетаются друг с другом, что нельзя исключительно рѣшиться на ту или на другую. И дух, в котором римскій народ во время республики отправлял уголовный суд, примиряется равномѣрно с подстановкой той или другой точки зрѣнія. При преніях, которыя происходили перед народом, исход

Digitized by Google

их, как извѣстно, зависѣл не столько от величины преступленія и от того, какого наказанія оно было достойно, сколько от степени, в какой возбуждено было чувство мести народа, почувствовано оскорбленіе. (II, 46, bez. 43). Ненавистному гражданину мстил народ по поводу относительно легкаго преступленія, а при тяжком преступленіи, но совершенном популярным гражданином, он допускал с собой *торговаться* и принимал его благонамѣренный образ мыслей и оказанныя государству услуги за цѣну удовлетворенія.

Попытка объяснить карающую власть народа с той точки зрѣнія, что преступленіе оскорбило *всѣх*, а потому вызывает и месть *всѣх*, привела бы эту власть в согласованіе с вышеупомянутым принятіем отношенія соединенія. Назначенныя наказанія, хотя бы они состояли даже в смертной казни, изгнаніи, наложеніи запрещенія на имущество и т. д., никоим образом не указывают на преобладаніе и подчиненіе, на власть над жизнью и смертью. Частная месть, при которой вѣдь без сомнѣнія между преступником и оскорбленным было отношеніе соединенія, представляет параллель почти каждому наказанію. Смертной казни — я напомню о ночном ворѣ, нарушителѣ супружеской вѣрности, банкротѣ; продажѣ в чужое рабство, которую народ предпринимал относительно того, кто не являлся к цензу или набору (incensus и infrequens), — я укажу на несостоятельнаго должника; publicatio bonorum — и заимодавец берет во владѣніе оставленное имущество его бѣжавшаго должника. Относительно изгнанія нѣт и надобности замѣчать, что право исключенія, принадлежащее каждому обществу, никогда не предполагает подчиненія, но вытекает чисто из точки зрѣнія товарищества [105]a).

Развитым в предъидущем идеям противостоит мнѣніе, что народ впервые во время республики вступил в обладаніе карающей властью, и что послѣдняя раньше должна была быть ввѣрена в руки царя и составляла первоначальную составную часть царской власти. Как бы наши источники повидимому ни поддерживали это мнѣніе, я всетаки считаю его ложным. Конечно царю принадлежала весьма сильная карающая власть, но я надѣюсь ниже (§ 17) доказать,

---

[105]a) Еще Cicero pro Caecina c. 33, 34 старается привести к этой точкѣ зрѣнія потерю права гражданства.

Digitized by Google

что она, как и все достоинство царя, первоначально имѣла чисто военный характер. Надо согласиться, что она в теченіи времени ограничила, даже совсѣм оттѣснила в тѣнь уголовносудебную власть народа, и я нахожу совершенно понятным, что наши источники упоминают только о царѣ, как обладателѣ карающей власти. Но с другой стороны у народа всетаки не было отнято всякое участіе в уголовной судебной расправѣ, что доказывает право провокаціи (§ 17), и кромѣ того для первобытнаго времени это позднѣйшее состояніе вообще не мѣра. Потому, если во время республики народ является обладателем высшей уголовносудебной власти, то мы, по моему мнѣнію, не должны представлять себѣ это так, как будто бы народ теперь только в первый раз пріобрѣл то, чего он до тѣх пор никогда не имѣл, но что он только возвратил то, что было отнято у него узурпаціей царей.

Мы напомним теперь связи ради о положеніи, из котораго мы вышли, именно о том, что не государство, а весь народ и слѣдовательно каждая единичная личность был субъектом jus publicum. Если это положеніе вѣрно, то оно должно имѣть силу как для вытекающих из jus publicum прав, так и для налагаемых им

3. *обязанностей*, и в самом дѣлѣ римское международное право представляет нам поразительную послѣдовательность. Договор, заключенный с чужим народом, обязывает с обѣих сторон не государственныя власти, но всѣх принадлежащих к обоим народам, потому отдѣльная личность, нарушающая этот договор, выдается чужому народу (deditio) [106]), так как нарушила этим лежащую и на *ней* обязанность. Война и мир между двумя государствами есть война и мир между всѣми индивидуумами.

4. Воля государства есть воля всѣх граждан, *закон есть договор*, которым послѣдніе взаимно обязываются к извѣстному образу дѣйствій, право в объективном смыслѣ есть возникающая из этого обязанность всѣх. Не государство, как существо представляемое возвышающимся над гражданином, но индивидуумы являются субъектом законодательной власти, первоначальная форма закона не есть форма обращеннаго к подданному повелѣнія или запрещенія, но форма

---

[106]) Liv. I, 22. V, 36. VII, 20 и др. *Walter* Röm. Rechtsgesch. Aufl. 3, § 74, 75.

Digitized by Google

заключеннаго между двумя равнопоставленными лицами соглашенія — развитіе права в объективном смыслѣ из договора, которое может быть многократно указано и в других мѣстах [107]).

Итак закон есть ничто иное, как примѣненный к цѣлому народу вид обязательства. Потому и здѣсь, как и при заключеніи обязательства между отдѣльными лицами, нужны вопрос и отвѣт (форма стипуляціи), народ вопрошается [108]) и дает голосованіем свой отвѣт. В духѣ этого первоначальнаго отношенія один римскій юрист [109]) совершенно вѣрно называет поэтому закон — communis reipublicae sponsio.

Этимологически указывает нам выраженіе lex на понятіе «legere» = «наложить», lex имѣет слѣдовательно отчасти одинаковое значеніе с *налогом* [110]). Словоупотребленіе, пользующееся этим выраженіем одинаковым образом для означенія законов и частных соглашеній [111]), показывает, что и тѣ и другія стояли в представленіи Римлян первоначально на одной линіи. Закон и договор различаются первоначально не по своему интензивному дѣйствію, а единственно по области своего примѣненія, таким же образом, как vindicta publica и privata. Lex publica есть *договор* всѣх и наоборот частное соглашеніе есть *закон* для обоих договаривающихся. Как теперь частный договор, что бы быть дѣйствительным, должен имѣть предметом дѣла договаривающихся,

---

[107]) В Германіи напр. при исторіи устройства государственных чинов. Государственное право (в объективном смыслѣ) является здѣсь сокращеніем уступленных (субъективных) государственным чинам по договорам прав.

[108]) *Lex* rogatur. Так и свидѣтели при завѣщаніи, заступающіе мѣсто народа (стр. 128), *rogantur;* отсюда же и выраженіе *arrogatio*, в чем, мимоходом говоря, можно найти новое основаніе для высказаннаго в другом мѣстѣ мнѣнія, что при обоих актах народ первоначально голосовался. Впрочем уже *Rubino* a. a. O. S. 255 признал в формѣ спроса и голосованія народа сходство с стипуляціей, не слѣдуя конечно в остальном по пути, который я здѣсь провел.

[109]) Папиньян в I, 1 de legib. (1, 3).

[110]) Также и нѣмецкое Legen, Liegen (ложить, лежать) в этом же смыслѣ имѣет сродство с этим, напр. Auflage (налог), Obliegenheit (долг), древненѣм. lag — закон. Но этимологи спорят о том, не надо ли принять рядом с корнем leg в смыслѣ набирать, собирать (legere в значеніи чтенія = сбор, набор букв) еще особенный корень γεχ (ложить, lectum = на что ложаться, т. е. ложе, lex = на-лог). *Pott* a. a. O. S. 257, 258.

[111]) Напр. vendere, dare hac lege, lex commissoria, leges rerum venalium vendendarum и т. д.

Digitized by Google

так равномѣрно общественный договор — интересы всѣх граждан. Положеніе: jus publicum privatorum pactis mutari non potest, можно оборотить так: jus privatum pactis publicis mutari non potest, т. е. закон не должен вводить никаких lex privi, т. е. privi — legium [112]).

Дѣйствіе закона для единичной личности есть дѣйствіе договора, в заключеніи котораго она сама принимала участіе [113]). Нарушеніе закона есть слѣдовательно нарушеніе принятой на себя обязанности, и смотря по тому, сам ли народ или отдѣльная личность является субъектом, которому принадлежало соотвѣтствующее этой обязанности право, и которому слѣдовательно наносится ущерб его нарушеніем, может сам народ или отдѣльная личность приступить к самоуправству.

Это дѣйствіе закона, что каждый *связывается*, выражает выраженіе jus. Lex обозначает основаніе права, акт наложенія, jus — слѣдствіе, продолжающееся состояніе связанности. Lex publica основывает jus в *объективном* смыслѣ, правовыя положенія; lex privata, договор — jus в *субъективном* смыслѣ, право, уполномоченіе. Как закон и договор, которые впослѣдствіи так расходятся друг с другом, первоначально были тождественны, так и право в объективном и субъективном смыслѣ.

Jus [114]) есть связка, связывающее, норма права; а именно jus в объективном смыслѣ есть то, что связывает всѣх, на всѣх нала-

---

[112]) Извѣстное положеніе из XII таблиц: privilegia ne irroganto.

[113]) Голосовала-ли она за закон или против него или не принимала в голосованіи никакого участія, для этого пониманія не имѣет никакого значенія. Оставаясь в государствѣ, она этим самым признает закон и для себя обязательным.

[114]) От санскритскаго корня ju «связывать», от котораго происходят также jugum, нѣмецкое Joch, jumentum, jungere и множество других слов в различных языках. О дальнѣйшем см. *Pott* a. a. O. 213. Из этого же корня объясняет Pott и странное совпаденіе двух значеній jus — как права и как отвара. В латышском языкѣ находится, по его показанію, слово jaut, т. е. сбалтывать муку с водой, *связывать*, соединять их. Нѣмецкое «Jauche» (навозная жижа) быть может есть одно и тоже слово с jus в смыслѣ отвара. Интересно различіе римскаго и греческаго обозначенія понятія права: Оба языка пользуются для этой цѣли различными корнями, греческій корнем dic δίκη — показывать, от котораго в латинском языкѣ происходит dicere, digitus и т. д., послѣдній корнем ju, от котораго происходит греческое ζυγὸν, jugum. Греческое слово соотвѣтствует нѣмецкому «Weise» (образ, манера, стать) и имѣет, как послѣднее, двойное значеніе:

Digitized by Google

гает обязанность, относительным образом доставляет право на что-либо, jus в субъективном смыслѣ — то, что связывает только *отдѣльную личность* и тѣм доставляет другому какое-либо право. Этот послѣднiй посредством согласованной между ними обоими lex вызвал к жизни правовую норму такого содержанiя, что другой должен исполнить тото и тото, и так как *владѣнiе* этой нормой и осуществленiе ея принадлежит *ему*, то право есть *его*. Нормы, которыя общество для себя постановило или безмолвно признало, и за исполненiем которых *оно* наблюдает, содержатся к нему точно также, т. е. являются не субъективно безотносительными правовыми положенiями, но *его правами*, *уполномоченiями*.

5. *Отношенiе государственной власти к частному праву*. По распространенному мнѣнiю, которое на первый взгляд имѣет нѣчто подкупающее, частное право должно бы было в древнѣйшее время стоять в полной зависимости от государства и только мало по малу высвобождаться из этих оков, между тѣм как наша вышевыставленная точка зрѣнiя принуждает нас к противоположному предположенiю первоначальной полной независимости частнаго права от государства. Все то, что то мнѣнiе имѣет повидимому за себя, состоит в публичных формах, в которых выступает частное право позднѣйшаго времени, также как и в том отсутствiи противоположности в различных частях права, которое мы уже имѣли многократно случай выставлять на вид. Но именно эти формы доказывают, что государству самому по себѣ нечего было дѣлать с частным правом, ибо онѣ примѣняются как раз с тою цѣлью, чтобы поставить его с государством в

‹Art und Weise› (способ, манера), и нормы, правила (как в нѣмецком напр. die Gesang*weise* — напѣв). Δίκαιος по своему первоначальному значенiю есть тот, кто слѣдует Art'у (образ, способ, манера), der Art-ige (ведущiй себя извѣстным образом). Моментом, посредствующим между обоими значенiями является момент примѣра, образца, модели; из образца, примѣра, является обыкновенiе, обычай, право. Греческiй язык слѣдовательно при своем обозначенiи понятiя права обращает вниманiе на момент принятаго, обычнаго, на *возникновенiе* из обыкновенiя, латинскiй язык на *дѣйствiе*, а именно на связывающую силу права. Кромѣ того, греческiй язык имѣет еще слово νόμος от νέμειν — дѣлить (правило, по которому каждый *равным* образом *надѣляется*). О различiи в пониманiи понятiя права с обѣих сторон, см. теперь *Röder* Grundzüge des Naturrechts. Aufl. 2, B. 1 S. 55 (1860).

Digitized by Google

отношеніе, которое с начала не существует. А то отсутствіе противоположности состоит не в том, что государство господствует над частным правом, но в том, что частное право господствует над государством, т. е. не частное право устроено по политическим, но государство по частноправовым принципам. Противорѣчило бы всему ходу исторіи, если бы государство произвело из себя частное право; чувство индивидуальной самостоятельности есть абсолютно первое; только в тяжелой, исподоволь ведомой борьбѣ с ним достигает государственный принцип господства.

Можно отложить на будущее время (II, § 28) приведеніе доказательства того, как мало гармонирует римское воззрѣніе с этим взглядом. Не государство считается по этому воззрѣнію источником субъективнаго права, а сам субъект, его воля, его дѣло. Насколько этого требует отношеніе к его цѣлям, государство может ожидать от единичной личности ограниченія в ея частной сферѣ, но идея, что оно произвольно может постановлять правила, по которым должно происходить частное правовое сношеніе, или что оно имѣет даже право по своему благоусмотрѣнію распоряжаться пріобрѣтенными правами, так чужда римской старинѣ, как никакая другая.

Что же было дѣлать государству или обществу с правом единичной личности? Самому по себѣ нечего. Связь между ними образуется только тѣм, что единичная личность пріобрѣтает для своего права гарантію государственной власти, ставит его под ея покровительство. Мы возвращаемся при этом к пункту, котораго уже коснулись выше (стр. 128 и слѣд.), и который мы намѣрены теперь изслѣдовать далѣе, придерживаясь настоящей точки зрѣнія.

Главныя сдѣлки римскаго права заключались под публичной гарантіей, всѣ важнѣйшія права опирались непосредственно или посредственно на признаніе и обезпеченіе со стороны народа. Непосредственно давалась эта гарантія при testamentum in comitiis calatis и in procinctu и при arrogatio, посредственно при mancipatio, при nexum, при вступленіи в брак чрез cœmptio и confarreatio и при внесеніи в список ценза. In jure cessio, мнимая виндикація, при которой стороны согласны были в том, что истцу должно быть присуждено отыскиваемое право, равным образом подходила под эту точку зрѣнія; ибо приговор претора опирался посредственно на

Digitized by Google

авторитет государства. Эта форма сдѣлки принадлежит однако уже не первобытному времени, но времени, умѣвшему уже обращаться с правовыми отношеніями с нѣкоторой свободой. Извѣстно также, что послѣ того как раз появилась in jure cessio, область ея примѣняемости расширяется только мало по малу, и что многія правовыя распоряженія, которыя могли совершаться при ея посредствѣ, предпринимались первоначально в другой формѣ, о которой теперь мы не имѣем никаких свѣденій. Так напр. для отпущенія на волю считал бы я совершеніе его посредством vindicta (in jure cessio) болѣе новой, болѣе удобной, так как она могла примѣняться во всякое время, формой (как и самими Римлянами первый случай ея примѣненія переносится по вѣрному разсчету на первое время республики) относительно древнѣйшей, обременительнѣйшей, так как она могла примѣняться только каждыя пять лѣт, формы посредством census. Та стоит к этой в том же отношеніи облегченія, как по времени, так и по формѣ, предпринятія акта, как и завѣщаніе посредством mancipatio к имѣющему мѣсто только два раза в год совершенію завѣщанія пред комиціями. Отпущеніе на волю посредством census представляет нам несомнѣнный случай народной гарантіи; навѣрно употреблялась эта форма и при других сдѣлках, напр. при передачѣ городских сервитутов, уступкѣ собственности и т. д. Но между тѣм как относительно отпущенія на волю болѣе новая форма in jure cessio не вытѣснила болѣе древней, это произошло быть может относительно многих других, и в in jure cessio могли точно также помолодѣть давно извѣстныя, с болѣе обременительными формами связанныя сдѣлки, как другія впервые найти в ней обезпеченную форму. Потому для меня весьма сомнительным кажется выводить заключенія о древнѣйшем правѣ из позднѣйшей примѣняемости in jure cessio; она не имѣет в моих глазах того первоначальнаго характера, как остальныя тотчас названныя формы (II, 535—537).

С помощью до сих пор разсмотрѣнных форм древнѣйшаго права всѣ важнѣйшія права могут быть поставлены под гарантію народа. Свобода чрез census, брак и вмѣстѣ с ним отеческая власть над рожденными в этом бракѣ дѣтьми чрез confarreatio и cœmptio, искусственное основаніе отеческой власти чрез arrogatio или (при adoptio в тѣсном смыслѣ) in jure cessio, опека чрез testamentum, собственность и сельскіе сервитуты чрез mancipatio (город-

Digitized by Google

скіе и личные сервитуты чрез in jure cessio), обязательства чрез nexum, назначеніе наслѣдников, отказ имущества чрез test. in comitiis calatis и его позднѣйшее подражаніе test. per aes et libram.

Значеніе этой народной гарантіи для развитія права состоит в слѣдующем. Во-первых в непосредственно практическом отношеніи в том, что она доставляла самоуправству высшую степень надежности, подавляя в самом зародышѣ попытки к сопротивленію; сопротивленіе тому, кто на основаніи гарантированной народом сдѣлки приступал к самоуправству, было сопротивленіем всему народу и вмѣстѣ с тѣм побужденіем для послѣдняго исполнить свою обязанность *покровительства* (стр. 129). Потом в философскоправовом отношеніи в том, что эта народная гарантія была средством, посредством котораго само понятіе права вступило на высшую ступень. Конкретное было здѣсь, как часто в исторіи римскаго права, мостом к абстрактному, отвлеченному; из защиты *прав* развилась защита *права*. Сдѣлавшееся обычным поручительство за отдѣльныя *конкретныя* частныя права выдѣлило из себя идею, что частное право в *абстрактном* смыслѣ есть предмет заботы и поручительства государства, а из уполномоченія собранія связывать отыскиваемую гарантію с условіями, развивается идея, что государство уполномочено вторгаться ограничивающими законами в область частнаго права. Уполномочивает защита *прав* к ограниченіям, то точно также и защита *права*.

Итак, первоначальная форма отношенія государства к частному праву есть форма *договорнаго отношенія*. Собраніе обезпечивает договором свое покровительство, а ищущій принимает условія, с которыми оно его соединяет. И то и другое, как покровительство, так и эта покупная цѣна, опирается на свободную волю сторон, отношеніе, как и при всяком договорѣ, есть отношеніе *соединенія*, *соглашенія*. Если имѣющій право не нуждается в гарантіи народа, то послѣдній не может его ограничивать, его собственная воля открывает сферу частнаго права вліянію государства [115]).

---

[111]) Я выпускаю здѣсь изслѣдованія перваго изданія о контрастѣ публично гарантированных и не гарантированных прав. Если вышеприведенное изслѣдованіе вѣрно — а я в этом и теперь не сомнѣваюсь — то ясно, что такой контраст

Digitized by Google

Предшествующее изслѣдованіе дало нам новое доказательство той важной роли, которую играет договор в исторіи образованія права. Он встрѣчается нам повсюду, при законѣ как общинном договорѣ всѣх товарищей (стр. 185), при введеніи частных наказаній (стр. 116), при подчиненіи сторон судьѣ (стр. 146) и по настоящему поводу. Договором можно также назвать выбор царя и властей, на договорѣ основывается, как мы это увидим в послѣдующих параграфах, все международное право. Итак, возникновеніе законодательства, уголовной судебной расправы, гражданскаго процесса, должностнаго состава примыкает, также как и идея публичной защиты права, к договору, даже в основаніи государственнаго общенія лежит точка зрѣнія договора, все международное право разлагается на договоры.

Это имѣет почти что такой вид, как будто бы здѣсь древнѣйшее римское право должно нам служить доказательством вѣрности построенія государства по теоріи естественнаго права, и в прошлом столѣтіи во время господства естественнаго права только что выставленная точка зрѣнія могла бы разсчитывать на столь же

должен был существовать, но входить в догадки о его видѣ во всѣх подробностях ни к чему не может привести. Я переношу из перваго изданія только слѣдующее содержаніе этого примѣчанія: — Быть может суд центумвиров был назначен для осуществленія публично гарантированных прав? Обѣщаніе защиты, данное народом непосредственно или чрез своих представителей, было бы в таком случаѣ исполнено выборными от народа. Всѣ случаи, которые Цицерон в извѣстном мѣстѣ de oratore I, c. 38 относит к вѣдомству этого суда, принадлежат к разряду публично гарантированных: jura gentilitatum, agnationum, опирающіяся на признанную государственным правом связь рода, и на коренной римскій, т. е. посредством confarreatio, coemptio или usus основанный брак с manus; jura testamentorum и tutelarum — на lex и публичное завѣщаніе; jura mancipationum, nexorum, parietum, luminum и т. д. — на форму mancipatio и in jure cessio; usucapio совсѣм не принадлежит к правовым сдѣлкам. Что в судѣ центумвиров государство является в болѣе близком отношеніи к индивидууму, чѣм при judex privatus, это почувствовали, причину этого искали однако в том (*Puchta*, Cursus der Instit. B. 2 § 153), что государство оберегает здѣсь свой собственный интерес, что, принимая в соображеніе цѣль судебной расправы, не вѣроятно, между тѣм как по моей догадкѣ представляется в высшей степени естественным, что государство или народ берет сам в свои руки судебную защиту таких отношеній, которыя прямо поставлены под его гарантію, а не предоставляет judex privatus, по крайней мѣрѣ не против воли имѣющаго право.

Digitized by Google

же благосклонный пріем, к какому вреду может послужить ей в настоящее время частное совпаденіе с идеями естественнаго права. Это совпаденіе не случайно. Точка зрѣнія договора есть самая низшая ступень, которую может принять как само государство, так и научное его разсматриваніе; не удивительно, что на ней встрѣчаются естественное и древнѣйшее римское право. Но как в Римѣ государство практически преодолѣло в теченіи времени эту точку зрѣнія, так и наша теперешняя теорія государства от нея отказалась, это не дает нам однако права не признавать относительной правоты этой точки зрѣнія и с той же односторонностью, с какой ученіе об естественном правѣ подставляло свой, времени младенчества государства соотвѣтствующій взгляд государству вообще, так наоборот переносить наше теперешнее, у его зрѣлаго возраста заимствованное пониманіе на період младенчества. Если то ученіе впадало в ошибку униженія и опошленія государства, то нам угрожает опасность с высоты нашей теперешней точки зрѣнія не замѣтить дѣйствительных глубин и низменностей, чрез которыя исторія провела государство, то мы склонны охотнѣе вовсе избѣгнуть вопроса о началѣ государства и права, объявить их нѣкоторым образом от Бога готовыми в мір сверхъестественным способом посланными учрежденіями, чѣм согласиться, что они произведены прозаическим способом — рукою человѣка. Романтизму нашего теперешняго историческаго взгляда отнюдь не могло бы повредить прибавленіе небольшаго количества грубой прозы, и без сомнѣнія достойнѣе признавать Бога, котораго ищут в исторіи, указывая его в твореніи *людей*, показывая, что он самым естественным и понятным образом, чрез посредство свободно дѣйствующих людей, производит на свѣт из самаго малаго самое великое, чѣм заставляя его дѣйствовать сверхъестественным способом посредством чудес.

Положеніе внѣ общества. — Полное отрицаніе права, военное положеніе. — Относительная правота этой точки зрѣнія. — Смягченія. — Вліяніе торговли. — Hospitium. — Возникновеніе международнаго права из договора. — Кліентство, precarium и peculium.

XVI. Уже раньше замѣчено (стр. 90), что римское право никогда не возвысилось до практическаго признанія правовой субъ-

Digitized by Google

ективности *человѣка*, как таковаго. Оно ограничивает правоспособность римскими гражданами и сочленами *тѣх* государств, которыя заключили с Римом договоры. Рядом с признаніем, что люди по теоретическому jus naturale родятся свободными, классическіе юристы преподают еще однако как практическое право положеніе: [123]) si cum gente aliqua amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt, quod autem ex nostro ad eas pervenit, illorum fit et liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum. Idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat. Военное положеніе считается слѣдовательно еще в их время данным с самаго начала международноправовым отношеніем; мир, pax есть только результат pacisci. Но это военное положеніе вполнѣ равнозначуще с совершенным безправіем всѣх индивидуумовъ, принадлежащих к государству, с которым не было pacisci.

Это пониманіе, которое нам ясно засвидѣтельствовывается еще в столь позднее время, представляется для древнѣйшаго времени столь необходимой послѣдовательностью всего права, что мы могли бы, и не имѣя никаких положительных свидѣтельств, предполагать его с полной увѣренностью [123]a). Признаніе частноправовой правоспособности иностранца предполагало бы полное отдѣленіе частнаго права от публичнаго, самостоятельность обоих. Но мы видѣли, что обѣ эти стороны права первоначально совершенно срослись друг с другом и что идея оказываемаго государством правоваго покровительства примыкает к заключенному с государством договору. Как бы мог чужестранец требовать покровительства римскаго народа или властей, когда сами граждане должны были сперва ясно его за собой обезпечить? Как мог он ссылаться на римскіе законы, которые вѣдь представляли только соглашенія

---

[123]) L. 5 § 2 de capt. (49, 15).

[123]a) Оно повторяется, как извѣстно, повсюду; и в Германіи мир должен был быть сперва особенно «произведен», а по турецкому праву считается в теоріи еще и в настоящее время «земля и имущество Herbi, т. е. всѣх невѣрных, которые не подчинены мусульманам и не платят Djeziyeh, также как и их личность, muboh, т. е. всѣм мусульманам законом дозволено пріобрѣтать их в свободную собственность», *von Tarnauw*, Das moslemische Recht, Leipz. 1855 S. 52.

Digitized by Google

римских граждан между собой, как мог домогаться принимать участіе в учрежденіях, которыя тѣ ввели для себя?

Римское право существует, как и римское государство, для Римлян, или — если выразиться точнѣе — оно ограничивается родовым союзом. Принадлежность к роду и полная правоспособность, непринадлежность и полное безправіе первоначально обозначают одно и тоже, сначала не существует никаких градацій правоспособности. Только тот, кто стоит в родѣ, есть ingenuus (от geno, gigno); кто стоит внѣ, безправен, extrarius est, qui extra focum, sacramentum jusque sit [124]), его исключеніе есть исключеніе полное, да и религія не представляет ему моста, потому что и она есть институт *этого* государства. Странная игра случая, что egens выражает именно долю ex-gens, и Римляне дѣйствительно производили egens от gens [125]) — производство, которому нѣмецкій язык с бо̀льшим правом может противопоставить Elend (бѣдствіе, нищета) = Ausland (чужіе края). Несомнѣнный слѣд этого воззрѣнія сохранил нам язык в словѣ hostis, оно обозначает первоначально гостя, чужаго и врага [126]). В этом двойном значеніи мѣтко выражается неопредѣленность участи чужих, а именно, что они могли одинаково ожидать как обращенія, как с гостями, так и обращенія как с врагами [126]a).

[124]) Festus sub. voc. extrarium.

[125]) Festus sub voc. egens velut exgens, cui ne gens quidem sit reliqua. Что это производство возможно, пусть подумают напр. об iners (от ars), de-mens и т. д., и без глагола egeo не пришло бы в голову отыскивать другое.

[126]) Hostis тоже слово, что и готское gasts и среднеюжнонѣмецкое gast, и оба они имѣют одно и тоже двойное значеніе. О сродствѣ g и h смотри *Pott* a. a. O. B. 1 S. 143, а о вѣроятном производствѣ от санскр. ghas (ѣсть) там же S. 279. Первоначальный смысл этих слов был бы слѣдовательно: угощаемый. Hostire (бить) и hostia (жертва закланія) конечно далеки от этого. — *Th. Mommsen* Röm. Forschungen B. 1 Aufl. 2 (1864) S. 326 fl. раздѣляет мнѣніе *G. Curtius*, по которому «hostis», готское «gast-s», церковнославянское «гость» имѣет первоначальное значеніе чужеземца (от ghas—ѣсть = застольник семейства) a hospes = hos-pe(t)s, hostis petens был бы о гостепріимствѣ просящій чужеземец. *Mommsen* понимает отношеніе обоих слов нѣсколько иначе.

[126]a) *Curtius* a. a. O. объясняет это совпаденіе так, что «изобрѣтеніе особеннаго слова для домогающагося гостепріимства чужеземца (hospes) дало повод к тому, что слово hostis с теченіем времени совершенно ограничилось вражеским значеніем.» Но во всяком случаѣ оно могло получить это исключительное значеніе только тогда, когда понятія: чужеземец, гость, враг лежали в представленіи народа не далеко друг от друга.

Digitized by Google

С этим первоначальным безправіем чужаго находится в связи ужас изгнанія по древнему представленію. Изгнаніе нынѣшняго времени не представляет даже и тѣни изгнанія древности, оно состоит только в перемѣнѣ мѣста жительства, в потерѣ родины. Такое наказаніе не похищаетъ самого благоденствія, но только мѣстную форму, в которой им до тѣх пор пользовались; всюду находит изгнанник признаніе своей личности и защиту своего права. Совершенно иным является первоначальный вид изгнанія в древности. Чужой безправен; кто поэтому изгоняется из общества своих товарищей или по причинѣ преступленія спасается бѣгством, того ожидает, сказал бы я, участь дичи на полѣ, которая без отдыху и покою бродит и блуждает кругом и травится всюду, гдѣ показывается. Все, что ему дорого, оставляет изгнанник дома — свой очаг, своих товарищей, мир права и общее почитаніе богов, и берет с собой только чувство неизреченной нищеты, перспективу преданной на произвол случаю, преслѣдованію, гоненію, лишеніям и т. д. жизни, перспективу рабства или свободы, зависимой от произвола и милости его покровителя, свободы, купленной цѣной униженій всякаго рода. Напали на него и преслѣдуют его, нѣт у него помощи товарищей; падет он в битвѣ, нѣт у него друзей, которые бы за него отомстили, приготовили бы ему дома жертву умерших и доставили бы покой его безпокойно блуждающей тѣни; маны носятся безпріютно на чужбинѣ.

Вот изгнаніе древности в его первоначальном видѣ. Оно не представляет, подобно позднѣйшему, только capitis deminutio magna, потерю права гражданства, но представляет гражданскую смерть, сверженіе человѣка с почвы права в полную ужаса пустыню, в состояніе безчестія и безправія. Поэтому изгнаніе казалось Римлянам даже в позднѣйшее время, когда оно уже было лишено самых рѣзких, самых тяжелых своих сторон, всетаки столь тяжелым наказаніем, что обвиняемому в преступленіи оставляли на волю до самаго мгновенія приговора прекратить розыск добровольным изгнаніем.

Изложенное в предъидущем правовое воззрѣніе, по которому право первоначально вполнѣ совпадает с государством и начинает с высшей исключительности по отношенію ко всему, внѣ его лежащему, может на первый взгляд показаться препятствующим развитію по-

Digitized by Google

нятія права в исторіи, между тѣм как при ближайшем разсмотрѣніи оно прямо наоборот представляется в высшей степени полезным. Я вижу в нем одно из дѣйствительнѣйших средств, которое исторія употребила для образованія и сохраненія государств в их дѣтском возрастѣ. Ибо оно силой гонит индивидуумов в общеніе государственной жизни и накрѣпко приковывает их желѣзными узами к государству. Государство для них есть их все, оставить его значит отказаться от самих себя; его паденіе погребает их под своими развалинами со всѣм, что они есть и что они имѣют. К выходу из государства, также как к его погибели, примыкает перспектива потери личности, перспектива погибели всего частнаго благосостоянія, и чувство самосохраненія индивидуума дѣлается в двойном отношеніи одним из дѣйствительнѣйших средств сохраненія самого государства, во первых именно по возможности обезпечивая за государством раз принадлежащих к нему сочленов, и во вторых принуждая их при подверженіи его опасности извнѣ к крайнему напряженію их сил. А именно в первом отношеніи весьма важно для возникающаго государства ничего не терять из относительно малаго капитала народонаселенія, с которым оно начинает, между тѣм как наоборот для выросшаго государства может быть выгодно избавляться посредством колоній, переселеній и т д. от неупотребляемаго излишка этого капитала; то нуждается в крѣпких замках, это иногда в клапанах. Между тѣмъ как послѣднее находит выросшій в школѣ дисциплины и порядка народ, который тысячами уз скрѣплен между собой и с ним, уз, которыя являются только результатом долголѣтняго процесса, первому предстоит еще только начать суровую школу дисциплины и порядка, не имѣя возможности противопоставить неукротимому духу, сопротивляющемуся этой дисциплинѣ, привлекательности кочующей жизни, искушенію вырваться из общества, другаго противовѣса, кромѣ права, которое оно дает и защищает. Если бы цѣнность этого дара не была бы несравненно бо̀льшая для того времени, чѣм для настоящаго, если бы уже то время достигло практическаго признанія правовой субъективности человѣка, как таковаго, как могло бы право сослужить такую службу? Кто в настоящее время раз рѣшился оставить государство, к которому он до тѣх пор принадлежал, того не удерживает отношеніе к праву, ибо куда бы он ни пошел,

Digitized by Google

всюду находит он правовую атмосферу, всюду берет с собой свою правоспособность. Но кто в то время, про которое мы здѣсь говорим, хотѣл выступить из государственнаго союза, в котором он находился, тот оставлял свое право за собой, выходил из атмосферы права, которая для него разстилалась только над *этим* государством, в безвоздушное пространство, окружавшее это государство со всѣх сторон, из оазиса в пустыню. Итак государство имѣло слѣдовательно в правѣ такую притягательную силу, о которой в настоящее время мы не имѣем и понятія. Право и свобода являются в настоящее время как воздух и вода res communis omnium, в которой имѣет свою долю каждый человѣк, туземец как чужеземец, цѣну которой, так как находим ее повсюду, мы слишком легко забываем и которая поэтому далеко не так, как прежде, когда ее находили только на родинѣ, привязывает нас к послѣдней.

При каждом нападеніи, как на единичныя личности, так и на государство, происходит бо̀льшее или меньшее напряженіе существующей силы сопротивленія, смотря по цѣнности или субъективной оцѣнкѣ угрожаемых благ. К этим благам принадлежало в случаѣ войны в то время, про которое мы здѣсь говорим, все частное существованіе всѣх принадлежащих к государству. Пораженіе было для них равнозначуще с потерею жизни или свободы, чести, семейства и имущества [127]). Их собственное самосохраненіе находилось слѣдовательно в зависимости от сохраненія государства; и здѣсь оказывается вѣрным высказанное в предъидущих параграфах положеніе: *государство суть они сами*. Итак то отношеніе индивидуумов к государству, при посредствѣ котораго индивидуальное чувство самосохраненія вполнѣ идет ему, гусударству, на службу, является слѣдовательно средством, которым исторія обезпечивает юному государству жизнь, заставляет его постоянно со всей силой отчаянія бороться за свое существованіе. Частыми побужденіями к этому она быстро приводит силы к самому полному развитію. Для нынѣшняго государства совершенно невозможно такое напряженіе его силы сопротивленія. Наше теперешнее разобщеніе государства и индивидуумов выказывает себя и в войнѣ, го-

[127]) Это выражается и в формулѣ объявленія войны, она гласит не только о народѣ, но и о отдѣльных лицах, см. Gellius XVI, 4: populo Hermundulo hominibusque Hermundulis bellum indico facioque.

Digitized by Google

сударство ведет войну с государством, и как бы ни были заинтересованы благородные блага и интересы націи в сохраненіи государства, чисто частноправовому существованію, свободѣ, семейству, имуществу его паденіе не грозит погибелью, слѣдовательно чувство самосохраненія обыкновенной натуры, не принимающей никакого участія в тѣх высших благах, при этом мало заинтересовано.

К этому, до сих пор изслѣдованному безправію негражданина примыкает многоразличными способами дальнѣйшее развитіе римскаго права. Во первых именно вещное право с своим правом добычи, которое мы раньше (§ 10) назвали корнем римскаго понятія собственности. Римская собственность возникает из выказыванія римской силы на безправном чужом. Но с одной стороны опираясь на войну и возбуждая ее, она с другой стороны скрывает в себѣ и зародыши мирнаго сношенія. Обмѣн предметов собственности строит мост между изолированными или враждебными народами, и за солдатом, приносящим войну, слѣдует купец, ищущій мира. Торговля является двигающей силой нетолько дома для развитія частнаго права, но и для образованія международнаго права. Для торговли с ея неудержимо дѣятельной, расширительной тенденціей всего чувствительнѣе и тягостнѣе ограниченная куском земли природа права; она стремится устранить как тѣ препятствія к свободному сношенію, которыя противопоставляет ей природа, так и тѣ, которыя подготовляет ей ограниченный взгляд на право. Она и есть тот фактор, который при исключительности національнаго взгляда на право привел к существованію и развитію космополитическій элемент в римском правѣ. Мѣновой торговец был первым піонером культуры; с обмѣном матерьяльных благ он соединял и обмѣн духовных [128]) и прокладывал пути мира. В той же

---

[128]) Я не могу не обратить вниманія на то, как латинскій язык указывает на это. Его Interpres, посредник и толкователь, первоначально есть ничто иное, как нѣмецкій «Zwischenhändler» (мѣновой торговец). Это слово происходит от inter и корня от pretium, означает слѣдовательно человѣка, который переносит цѣну. Этот мѣновой торговец был первым толмачем и посредником, и этим, особенно бросающимся в глаза свойством и ограничился впослѣдствіи смысл слова.

Digitized by Google

мѣрѣ, в какой возрастала торговля, и эти пути выравнивались и расширялись, так что под конец они простирались по бо́льшей части извѣстнаго тогда міра. То, что христіанство производило в этом отношеніи для новѣйшаго міра, замѣняла для древняго торговля.

Каким образом поступала она при этом? Самой ограниченной формой, которой она пользовалась, было hospitium (прим. 126), которое также далеко стоит от нашего теперешняго гостепріимства, как по той же причинѣ изгнаніе древности от нашего теперешняго [128]a). А именно цѣль hospitium лежит не столько в гостепріимном пріемѣ, хотя оно вмѣстѣ с тѣм направлено и на него, сколько во взаимном обезпеченіи правоваго покровительства, оно дѣлает безправіе и беззащитность hostis безвредными тѣм, что гостепріимец берет его под свое правовое покровительство и защищает перед судом его правовыя притязанія, как свои собственныя. Против обмана и вѣроломства самого гостепріимца право не доставляло никакой защиты — ибо hostis стоял вѣдь внѣ права — но тѣм бо́льшую защиту доставлял обычай [129]). Именно эта его беззащитность и оказанное с его стороны высшее довѣріе клеймили злоупотребленіе им как одно из самых безчестнѣйших и позорнѣйших преступленій, какія только знала древность.

Дѣятельному купцу слѣдовало значит искать во всѣх мѣстах гостепріимцев, однако для расширенных торговых сношеній всетаки не было достаточно этого частнаго гостепріимства, и тогда государство с государством часто вступали в такое же отношеніе друг с другом (hospitium publice datum). Болѣе высокую ступень в развитіи международных сношеній обозначало то, что были заключаемы государственные договоры, в силу которых членам одного государства по отношенію к членам другаго оказывалось вмѣсто посредственной, производной

---

[128]a) *Walter*, Röm. Rechts-G. 3 Aufl. I § 82. Вышеупомянутое отношеніе и клієнтство изслѣдовано между прочим *Th. Mommsen*'ом в его Abh. über das römische Gastrecht und die römische Klientel (в *von Sybels* histor. Zeitschr. I S. 382, перепечатано в Römische Forschungen B. 1 Aufl. 2 S. 319 fl., по которым в послѣдующем будут дѣлаться цитаты).

[129]) Gellius V, 18 § 5. In officiis apud majores ita observatum est: primum tutelae, deinde *hospiti*, deinde clienti, tum cognato, postea affini.

Digitized by Google

защиты, которую доставляло hospitium, непосредственное покровительство [129]a). Формы, в которых оно оказывалось, были конечно весьма различны и перемѣнчивы; высшая из них состояла в пожалованіи римскаго commercium, чѣм открывалось чужим участіе в римском имущественном правѣ, слѣдовательно и обращеніе к доставляемой государством защитѣ права. Этим граничит римское право уже с высотою нашего теперешняго правоваго развитія, которое не дѣлает никакого различія между чужеземцом и туземцом, конечно с той только весьма важной разницей, что в Римѣ это было слѣдствіем особенно пожалованной привелегіи или государственнаго договора, у нас же оно является примѣненіем всеобщаго правила, дѣйствіем высшаго правоваго воззрѣнія.

Но пожалованіе commercium было у Римлян ничѣм иным, как обыкновенной формой, в которую облекалось международное правовое сношеніе. В концѣ пятаго столѣтія существованія города находим мы в Римѣ особенное судилище для правовых споров между иностранцами и Римлянами, судилище Praetor peregrinus'a, и здѣсь, на основаніи предшествующих государственных договоров и при содѣйствіи теоріи и практики развивается всеобщее международное торговое право, jus gentium, которое мы будем разсматривать только в третьей системѣ, гдѣ замѣтно выступают его воздѣйствія на римское право. Но введенію этой магистратуры предшествовали другія формы, о которых до нас сохранились только скудныя извѣстія относительно нѣкоторых из них, как напр. относительно предпринимаемой феціалами clarigatio и то постоянном, то в отдѣльном случаѣ учреждаемом и вмѣстѣ с ним прекращающемся рекуператорском (о взысканіи убытков) судѣ [130]). Как бы интересно ни было прослѣдить в подробности всеобщее образованіе международнаго правоваго сношенія, всетаки мы можем и должны здѣсь ограничиться общей точкой зрѣнія, что это правовое сношеніе было только дѣлом спеціальных, между отдѣльными государствами заключенных договоров и как по объему, так и по виду и образу опредѣлялось ими. Международное право разлагалось слѣдовательно на *права*,

---

[129]a) О различных видах его см. *Mommsen* S. 349.

[130]) Я укажу относительно этих институтов на *Puchta* Cursus der Instit. B. 1 § 83. *Rudorff* R. R.-G. II S. 80.

Digitized by Google

которыя два народа взаимно уступали друг другу для своих сношеній, являлось сокращеніем договорных норм, которыя имѣли относительно одного народа одно, относительно другаго другое содержаніе. Договор, творческая сила котораго встрѣчалась нам уже внутри государства при столь многих институтах, является снова и здѣсь одинаковым образом дѣйствующим. Как внутри он посредствует при переходѣ от публичнаго и частнаго самоуправства к уголовному и гражданскому суду, так и здѣсь при переходѣ от первоначальнаго военнаго положенія к правовой организаціи международнаго сношенія. С точки зрѣнія нашего теперешняго правоваго взгляда, для котораго нѣт ничего естественнѣе того, что и чужой может имѣть притязаніе на правовое покровительство нашего государства, смотрим мы на практическое осуществленіе этого взгляда, на факт, что распространившаяся по всей цивилизованной части міра область права дѣлает возможным человѣку, как таковому, гражданин ли он или чужеземец, самое свободное движеніе, как на что то необходимое, само собою разумѣющееся, и не думаем о том, с какой постепенностью и с каким трудом должно было право, раз осмѣлившись вырваться из своей тѣсно ограниченной родины — отдѣльнаго государства и осмѣлившись отыскивать болѣе широкій круг дѣйствія, с какой постепенностью и с каким трудом должно было оно завоевывать себѣ каждый вершок земли. Что в настоящее время кажется нам заключающимся в самой природѣ права, бо̀льшею частью является отнюдь не данным человѣческому роду с самаго начала воззрѣніем и обязано своей практической дѣйствительностью не силѣ *правоваго* убѣжденія, не идеѣ справедливости, но является произведеніем матерьяльными причинами, нуждой жизни и напором обстоятельств приведенной в движеніе и в нем поддерживаемой и мотивами *пользы* путеводимой человѣческой дѣятельности. Только когда эти факторы исполнят самую тяжелую работу, выступает идея справедливости и берет их твореніе, как подобающую ей собственность, в свое владѣніе и под свое покровительство.

Digitized by Google

Исключительность государства и права, за которой мы до сих пор слѣдили в ея направленіи наружу, должна была выказаться и внутри на тѣх, которые, не достигщи принятія в родовой союз, желали водвориться в области государства [130]a). Их правовое положеніе было вначалѣ совершенно одинаково с положеніем hostis, и как послѣдній мог первоначально только посредственно, чрез hospitium, достигнуть правоваго покровительства, так и они только тѣм, что становились, как кліенты, под патронат римскаго гражданина (applicatio) [130]b). Но между тѣм, как отношеніе гостепріимца к гостящему было отношеніем соединенія, отношеніе между кліентами и патроном было отношеніем подчиненія. При hospitium обязанность гостящаго состояла в отплатѣ тѣм же покровительством и тѣм же гостепріимным пріемом с своей стороны, относительно кліента ея мѣсто заступала служебная обязанность. Зависимость, основываемая отношеніем, ясно выражается в обоих выраженіях: patronus и cliens (слушающійся) [131]). Первое выраженіе представляет отношеніе снимком с отеческой власти и этим названіем язык мѣтко выразил его существо. Как и сын, кліент не имѣет никаких прав против того, кто заступает для него мѣсто отца; *по закону* оба они совершенно подчинены его власти. Только обычай и религія защищают обоих против злоупотребленія этой властью. Мнимый закон Ромула объявлял лишенным покровительства законов

---

[130]a) Точно также на вольноотпущенных рабах. *Mommsen* a. a. O. S. 358, 359.

[130]b) *Mommsen* a. a. O. S. 361. Такого рода покровительственныя отношенія, вызванныя если и не *правовой*, *то фактической* беззащитностью извѣстных классов общества, повторяются повсюду, гдѣ сама государственная власть не в состояніи дѣятельно защищать безсильнаго против сильнаго, и они поэтому всегда доказывают недостаточную организацію судебной расправы. Нуждающійся в покровительствѣ жертвует своей свободой (крѣпостное состояніе; добровольное рабство в южной Африкѣ), или своей имущественноправовой независимостью (перенесеніе права верховной собственности на покровителя, напр. на мечеть в Турціи [vakuf]; на сюзерена, как в Германіи, Англіи, *Gundermann*, Engl. Privatrecht I S. 286, 293, чтобы за то пріобрѣсть *безопасность* того, что он удерживает за собой.

[131]) От cluere, κλύειν, слушать. В нѣмецком употребляется Hören — слушать в том же смыслѣ, напр. Gehorsam (послушный), gehorchen (слушаться), angehörig (принадлежащій), Höriger (слушающійся).

Digitized by Google

патрона, который обманул своего кліента [131]a), и в постепенности обязанностей, которую сохранил нам Gellius, обязанность относительно кліентов занимала видное мѣсто [132]).

Если это сравненіе патроната с patria potestas было взято не только с личной стороны отношенія, но было подходяще и к имущественноправовому положенію кліентов, то послѣднее могло бы опредѣляться правилами о пекуліумѣ filiusfamilias. Хотя оба они фактически могут имѣть свое собственное имущество, но юридически их властелин считается его субъектом и представляет их как активно, так и пассивно пред третьими лицами. Это активное представительство, возбужденіе исков за кліентов есть цѣль отношенія [133]); юридически является оно однако не представительством, но защитою самому патрону принадлежащаго права. При пассивном представительствѣ, которое было необходимым слѣдствіем отношенія, патрон отвѣтствовал быть может по аналогіи actiones peculii и noxales, т. е. смотря по обстоятельствам до суммы стоимости имущества его кліента или выдачею (noxae deditio) его личности [133]a). Но между тѣм как патрон, чтобы сдѣлать возможным это активное и пассивное представительство, *юридически* разсматривается как владѣтель этого имущества, имѣет над ним слѣдовательно самое неограниченное право распоряженія, так что напр. может совсѣм отнять его у кліента, между тѣм обычай налагает на него различныя ограниченія и обязывает его безпечно предоставить кліенту мѣру фактической самостоятельности, или принятую обычаем, или

---

[131]a) Dionys. II, 10. Servius ad Virg. VI, 609: patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto. «fraudem facere», буквально переведенное в текстѣ «обмануть», вѣроятно имѣло совершенно общее значеніе «не исполнить своей обязанности». Также по греческому праву налагалось проклятіе (ἐπάρατον) на возвышающаго договорную или обычную мѣру обязанностей илотов. *Schwegler*, Röm. Gesch. I, S. 641.

[132]) Gellius V, c. 13. . . . . *patrem* primum, deinde *patronum* proximum nomen habere . . . . neque clientes sine summa infamia deseri possunt.

[133]) Отсюда patronus еще в позднѣйшее время = ходатай.

[133]a) Это обязательство deditio существовало и в международных сношеніях, народ должен был или выдать виновнаго, или он дѣлал его дѣло своим, см. формулу у Livius I, 32 illos homines illasque res dedier. Liv. V, 36.... postulatum ut pro jure gentium violato Fabii dederentur.

Digitized by Google

установленную соглашеніем с ним, обязывает его фактически не смотрѣть на имущество кліента, как на свое собственное. Хотя бывали случаи нужды, когда он мог безпренятственно налагать на кліента контрибуцію [134]), хотя равным образом было в порядкѣ вещей, чтобы кліент оказывал за доставляемое ему покровительство услуги; однако эти услуги находили в обычаѣ свою мѣру, и соглашенія обѣих сторон, которыя по закону были вполнѣ недѣйствительны, находили в нем свою защиту. Со смертью кліента переходило это отношеніе на его дѣтей [134]a); должно ли было имущество быть оставлено им вполнѣ или отчасти, рѣшалось по заключенным об этом с самаго начала соглашеніям [135]).

Понятно, что это отношеніе со стороны патрона, который вымѣнивал за малыя услуги важныя выгоды, с готовностью продолжалось как с самим кліентом, так и с его потомством, и что его собственный интерес побуждал его хорошо обращаться с своими кліентами и по возможности благопріятно их обставить, как для того, чтобы не дать им причины уничтожить отношеніе — в чем едва ли им могло быть отказано, — так и для того, чтобы пріобрѣсти новых. Для того, у кого было довольно земли и слишком мало рабочей силы, могло быть выгодным дѣлом безденежною уступкой небольших участков земли привлекать к себѣ кліентов и тѣм увеличивать свою рабочую силу. Это пожалованіе земли, которое само по себѣ чуждо существу института [136]), было весьма дѣйствительным

---

[134]) Напр. когда он должен был давать приданое дочери, выкупать самого себя или сочленов фамиліи из вражескаго плѣна, уплачивать необычайныя подати, очистительныя жертвы, пени.

[134]a) *Mommsen* a. a. O. S. 362.

[135]) *Mommsen* a. a. O. S. 380 принимает, что понятія нахожденія под одной и той же отеческой властью, агнатства и принадлежности к роду уже издавна были перенесены с патриціев на кліентов. Он сам меньше всего будет отрицать, что в этом заключалось бы уже большое отступленіе от первоначальной послѣдовательности отношенія, и точно также навѣрное не захочет допустить сюда понятіе hereditas, suus heres и т. д. в юридическом смыслѣ. Договор между кліентом и патроном, который служил основаніем всему отношенію, опредѣлял и этот пункт, без того, чтобы была надобность переносить для этой цѣли понятія, которыя предполагали правоспособность римскаго pater-familias.

[136]) В противоположность вассальству средних вѣков, о котором напоминает *Нибур* по поводу кліентства (röm. Gesch. B. 1 S. 342), и которое имѣло свое правовое основаніе не в беззащитности вассала, а в пожалованном ему ленѣ.

Digitized by Google

средством заинтересовать кліентов в поддержаніи отношенія и как таковое могло войти во всеобщее употребленіе [137]) и произвести засвидѣтельствованный нам Діонисіем факт, что это отношеніе переходило с обѣих сторон от одного поколѣнія к другому. Для объясненія этого явленія нѣт нужды в противорѣчіе Діонисію вмѣстѣ с Нибуром хвататься за предположеніе, что это отношеніе было неуничтожаемо со стороны кліентов; обоюдный интерес, сила привычки, подчиненное положеніе кліентов и т. д. могли и без этого предположенія произвести тот же результат [137]a).

Поразительно молчаніе латинскаго языка об имущественноправовой сторонѣ этого отношенія; нам не сообщается ни одного выраженія для этого пожалованія земли кліентам, ни одного выраженія для имущества кліентов, не смотря на то, что юридически оно всетаки весьма отличалось от «bonis» римскаго pater familias, от «patrimonium», от «familia» (его домашняго состоянія, обнимающаго одинаковым образом и лица и вещи). Поразительным называю я это молчаніе потому, что важныя отличія, выступающія в самой жизни разительным образом, обыкновенно отражаются и в языкѣ. Латинскій язык должен был имѣть выраженія для этих отношеній; исчезли ли они вмѣстѣ с послѣдними или, быть может, с измѣненным значеніем они еще существуют в новѣйшем латинском языкѣ? Я принимаю послѣднее и вижу в precarium [138]) и peculium два вы-

---

[137]) На это конечно намекает часто цитируемое мѣсто из Феста: Patres senatores ideo appellati sunt, quia agrorum partes attribuebant tenuioribus *perinde ac liberis propriis*. Послѣднія слова выражают отношеніе вѣрнѣе, чѣм это кажется с перваго взгляда. У Sueton Tib. c. 1 род Клавдія получает при своем пріемѣ в римскій государственный союз «agrum clientibus locumque sibi ad sepulturam», земля для кліентов кажется, слѣдовательно, разсматривалась как что то столь же необходимое, как и родовой склеп.

[137]a) Такого рода отмѣняемыя пожалованія земли, связаны ли они с личной зависимостью получателя или нѣт, повторяются, как извѣстно, повсюду, так напр. в Греціи (*K. F. Hermann* Lehrbuch der griechischen Staatsalterthümer I § 19), в Германіи, в Англіи (Pacht auf Widerruf, *Gundermann* a. a. O. S. 272). Почти вездѣ повторяется при этом явленіе, что первоначально вполнѣ свободная отмѣняемость сначала фактически, а потом по обычному праву ограничивается извѣстными причинами отмѣны.

[138]) *Savigny* Recht des Besitzes § 42 уже высказал подобное мнѣніе о precarium. Я с своей стороны был приведен к нему складом дѣла, не зная

Digitized by Google

раженія и два института, которые первоначально принадлежали кліентскому отношенію. Оба стоят внѣ почвы в собственном смыслѣ этого слова, права, являются институтами, о которых позднѣйшіе римскіе юристы говорят: magis facti sunt, quam juris; но само кліентство могло имѣть институты только такого характера [138]a). Кліентское имущественное право, каково оно должно было быть по своему юридическому характеру и внутренней послѣдовательности, не только без натяжки может быть подведено под правила этих обоих институтов, но я думаю, что это подведеніе бросает даже нѣкоторый свѣт на самые эти институты.

Я представляю себѣ дѣло слѣдующим образом. Precarium называлось все, что патрон уступал кліенту на его просьбы (preces, отсюда precarium) для пользованія; всего чаще конечно это была земля, но не рѣдко могло быть дано и жилище (точка прикрѣпленія для habitatio позднѣйшаго права). Произвольное возвращеніе precarium'а вытекало само собой из того отношенія, в котором стояли друг к другу оба лица, оно ни должно было быть особо установлено, ни отказ от него не был юридически дѣйствителен [138]b). Гражданско-правовое обязательство было с обѣих сторон немыслимо; ни патрон не мог обязаться оставить кліенту вещь на опредѣленное время, ни кліент — возвратить ее впослѣдствіи. Если патрону она нужна была назад, то он ее брал. Против третьих лиц кліент мог защищаться, против патрона было это даже тогда недозволено, когда послѣдній требовал обратно от кліента вещь до истеченія обезпеченнаго ему времени пользованія. Когда precarium отрѣшилось от своего первоначальнаго отношенія к кліентскому отношенію и стало встрѣчаться и между римскими гражданами, оно всетаки удержало это свое строеніе и не приняло в себя никакой обязательственной примѣси, так что ни дававшій не был связан своим обѣщаніем оставить получателю вещь на опредѣленное время,

---

этого совпаденія с Савиньи. *Mommsen* a. a. O. и Römische Geschichte B. 1 Buch 1, Cap. 13 (Aufl. 4 S. 194) высказался за тоже мнѣніе.

[138]a) Договор и связанный с ним *нравственный* долг не исключен и при них, см. напр. I, 12 de prec. (43, 25)... si convenit, но юридически: «nulla vis est hujus conventionis».

[138]b) См. предъидущее примѣчаніе.

Digitized by Google

ни послѣдній не мог быть принужден к отдачѣ как бы по какому либо обязательству. Precarium, заключенное между Римлянами, означало ничто иное, как помѣщеніе отношенія под право патронатской ссуды, я могу, быть может, воспользоваться сравненіем с нѣмецким «Hofrecht» (дворовым правом). Придавать обязательственное дѣйствіе соглашеніям сторон о способѣ и времени отдачи, значило бы ничто иное, как в одно и тоже время вступать и не вступать в precarium. Precarium и правовая возможность обязательственнаго отношенія между обѣими сторонами были сначала абсолютными противорѣчіями и многим вѣкам надлежало пройти, чтобы настолько изгладить характер precarium, что не надо было и колебаться примѣнить к нему теорію безъимянных договоров.

Имущество, которое кліент пріобрѣл себѣ сам, его инвентарь и скот называлось peculium и подчинялось тѣм же правилам, по которым разсматривается в новѣйшем правѣ peculium filiusfamilias'a и раба; т. е. хотя фактически оно принадлежало кліенту, юридически однако его собственником считался патрон. Имя указывает на отношеніе этого имущества к сельскому хозяйству; буквально переведенное означает оно, «малый скот», т. е. скот, отдѣленный от главнаго стада [138]c). Этот намек, который дает нам этимологія на первоначальное содержаніе peculium'a, по отношенію к нашему вопросу не должен быть оставлен без вниманія; а именно он указывает нам на отдѣленное от главнаго имѣнія сельскохозяйственное производство, и мнѣ нѣт нужды и говорить, во сколько раз естественнѣе представлять себѣ его субъектом кліента, чѣм filiusfamilias'a или раба. В примѣненіи к кліенту этот побочный или малый скот содержит характеристическое указаніе на отношеніе, в котором находился он с своим сельским

---

[138]c) Ясно засвидѣтельствовано у Varro de re rustica I c. 2 non domino pecus, sed servis peculium, *quibus domini dant ut pascant* I, 17 concessioneve ut *peculiare* aliquid in fundo *pascere liceat.* Другія цитаты у *Göttling* Geschichte der röm. Staatsverf. S. 103 Note 5, который видит в peculium'ѣ молодой (?) скот, который пасущіе стада рабы для себя (? — смотри напротив I, 4 pr. § 1 de pecul. 15, 1 animadvertendum est, non quid servus, sed quid dominus..... fecerit) присоединяли к стаду своего господина». Что отдѣльный скот был древнѣйшим видом peculium, ясно говорит Varro de L. L. V § 95 (ed. Otfr. Müller) id enim peculium primum.

Digitized by Google

хозяйством к хозяйству патрона, отчасти на подобіе крѣпостных в средніе вѣка на господских дворах. В примѣненіи к сыну выраженное в этом отдѣльное сельское хозяйство является несравненно менѣе вѣроятным, в примѣненіи к рабу непонятным. На имуществѣ кліента выработалось понятіе peculium, здѣсь потребность отдѣленія меньшаго имущества от главнаго имущества хозяина была всего настоятельнѣе, или отдѣленіе это было здѣсь уже дано самим отношеніем; предоставлять сыну или рабу отдѣльное имущество не было никакой необходимости; но раз это дѣлалось, естественно было перенести сюда уже извѣстное выраженіе peculium. Быть может можно сказать, что и peculium, подобно тому как precarium, сдѣлалось из первоначально кліентскаго института всеобще римским. Если эта догадка вѣрна, то Фест с полным правом мог отождествить в выше (примѣчаніе 137) приведенной цитатѣ имущественно-правовое положеніе кліентов и дѣтей; слова — perinde ac liberis propriis представляют тогда не только внѣшнее сравненіе обоих классов лиц, но сравненіе их правоваго положенія, и точно также заключающееся в словѣ patronus сравненіе с pater выражает, ставя это предположеніе, исчерпывающим образом юридическую природу отношенія.

Здѣсь, гдѣ кліентство интересует нас только с одной опредѣленной стороны, а именно как вызванный безправіем негражданина институт, нам достаточно сказаннаго до сих пор. Мы признали в нем необходимую исходную точку права принадлежащих к государству неграждан, и в моих глазах не может быть никакого сомнѣнія, что *всѣ* неграждане, слѣдовательно первоначально и вольноотпущенные [139]), стояли в этом отношеніи. По всей строгости правоваго понятія это отношеніе вовсе не было правовым отношеніем; но если оно, сказал бы я, и не имѣло формы права, то все-таки скрывало в себѣ правовую субстанцію. Опредѣленныя правила, выработанныя обычаем для отношенія между патроном и кліентом, непрямое покровительство, которое доставляло уголовное право своею карой fraus patroni, дѣлали положеніе кліента довольно обезпеченным и отсутствіе иска против самого патрона менѣе чувствительным. Идеи права нисшаго рода приставали к институту, он сгущался и концентрировался во взглядѣ народа в правовое отно-

[139]) Точно также *Mommsen*, Röm. Forsch. I S. 358 fl.

Digitized by Google

шеніе, которое только в способѣ своей защиты отступало от прочих [140]), и таким образом мог быть подготовлен и показаться менѣе многозначительным шаг, представляющій собственно уничтоженіе самого института, именно тот, что кліенту было даровано право собственнаго иска. От прежней неправоспособности кліента возбуждать иски осталось воспоминаніем еще то, что он не имѣл права без особаго позволенія претора вызывать своего патрона in jus, т. е. жаловаться на него против его воли. Но вынудить этот шаг было одним из первых дѣл плебса, который находился первоначально совершенно в только что описанном положеніи [140]a) и только вслѣдствіе этой эманципаціи стал в противоположность с кліентами позднѣйшаго времени. Но с плебеями мы уже далеко за собой оставили исходныя точки права, в них уже совершилось в существенном то отдѣленіе частнаго права от публичнаго, которое так противорѣчит именно первоначальному характеру права. В них встрѣчает нас *внутри* римскаго государства то commercium между гражданами и негражданами, которое выше, на стр. 201, изучили мы в его международном отношеніи, и не невозможно, что commercium должно было быть сперва вызвано к жизни в международных сношеніях, чтобы потом внутри государства найти примѣненіе к отношенію между гражданами и негражданами. Международное право было, быть может, той мѣстностью, гдѣ совершилось это отдѣленіе частнаго права от государства, коммерческое соприкосновеніе с чужим народом — импульсом к этому прогрессу, который тогда, раз совершившись во внѣ, мог самым естественным образом пригодиться, я сказал бы, мог быть навязан самому государству внутри его тѣм, что сочлены чужаго народа надолго поселялись в его области и т. о. извнѣ вносили в него то commercium, котораго оно, знавшее для своих к нему принадлежащих неграждан только низшую форму кліентскаго отношенія, поднимаясь с этой нисшей ступени, достигло бы гораздо медленнѣе.

---

[140]) Относительно личнаго и имущественноправоваго положенія дѣтей употребляет тот же процесс развитія от факта до права или от связаннаго только обычаем произвола отца до признанія частноправовой самостоятельности чада несравненно болѣе долгое время; конечно нѣт надобности объяснять, в чем заключаются основаніе этого различія.

[140]a) *Mommsen* Röm. Forsch. S. 388.

Digitized by Google

2. ВЛІЯНІЕ ВОЕННАГО УСТРОЙСТВА НА ГОСУДАРСТВО И ПРАВО.

Выгодное вліяніе войны на государственное устройство. — Государственное устройство = военное устройство. — Военное дѣленіе народа. — Принцип подчиненія. — Imperium. — Военный характер царскаго достоинства. — Карающая власть. — Вліяніе военнаго устройства на воспитаніе народа. — Склонность к внѣшнему порядку и чувство законности.

XVII. Что война может оказывать самое цѣлебное вліяніе на развитіе права и государства, это далеко не так парадоксально, как кажется с перваго взгляда. Война в надлежащее время может в нѣсколько лѣт подвинуть это развитіе далѣе, чѣм столѣтія мирнаго существованія. Подобно грозѣ очищает она воздух, полагает быстрый конец политическому и нравственному застою, разрушает *одним* ударом гнилое зданіе неуклюжаго государственнаго устройства и гнетущих соціальных учрежденій и дает толчек к цѣлебному политическому и соціальному процессу омоложавливанія. Что старчески-слабому государству может стоить жизни, юношески-сильному служит к тому, чтобы принудить его к напряженію его сил и возбудить в нем новую, свѣжую жизнь.

У Римлян война, как извѣстно, была не исключительным состояніем, но правилом; она была школой, в которой они сдѣлались великими, и особенное, закаливающее вліяніе которой дает себя неоднократно чувствовать и в их правѣ. Уже в древнѣйшем устройствѣ, которое Рим приносит с собой, это вліяніе может быть показано; это устройство является, так сказать, вооруженіем, которое, хотя войнѣ обязано своим происхожденіем и для нее назначено, которое однако Рим, чтобы постоянно быть вооруженным, не снимает и в мирѣ. Хвала воинственному образу мыслей и жизни Римлян, который постоянно удерживал их в этом, к бою готовом положеніи; ибо именно в том, что это положеніе было не мимопреходящей, но постоянной школой военнаго повиновенія, заключалось неоцѣнимое преимущество. Необузданность римскаго духа, которая противилась тихому, мирному существованію и постоянно требовала войн, нашла в обусловленной этими войнами военной дисциплинѣ свой противовѣс, она, можно сказать, сама связала себѣ бич, которым была обуздана. Древнѣйшій Рим был постоянным лагерем;

Digitized by Google

порядок и строгое повиновеніе лагеря господствовали здѣсь, государственное устройство превратилось в военное устройство. У других народов лагерь снимался, когда война была окончена; военное устройство с его дисциплиной было предназначено только для преходящаго состоянія напряженія, с наступленіем мира оно снова превращалось в болѣе покойную форму мирнаго устройства [141]).

Всю суть послѣдующаго изслѣдованія мы можем выразить вкратцѣ в слѣдующем положеніи: военный интерес есть мотив, обогащающій государство идеей, которой мы в нем до сих пор еще не открыли, — идеей преобладанія и подчиненія. Войсковой порядок— военное устройство совокупляется с семейным порядком — родовым государством в *одно* военнополитическое единство — древнеримское устройство. Не в Римѣ произошло это образованіе, царское достоинство и прочія военно-политическія учрежденія являются здѣсь уже готовыми, только перенесенными на новое государство; но это не может нам помѣшать и относительно их, как мы это постоянно до сих пор дѣлали, развѣдывать идеи и воззрѣнія, которым они обязаны своим происхожденіем.

Разсмотрим сначала дѣленіе народа. С перваго взгляда видно, что оно есть нѣчто дѣланное. 10 курій трибы, 10 родов куріи являются не результатом естественнаго развитія, но введены с намѣреніем и цѣли ради. В чем состояла эта цѣль? Если мы спросим себя, гдѣ проявляется прежде всего и настоятельнѣе всего потребность дѣленія народа, то отвѣтом нам будет: в военном быту.

---

[141]) Так многія германскія племена покидали, как скоро война была окончена, тѣ полезныя учрежденія, за которыя они хватались при началѣ войны и которыя при продолжительном существованіи могли бы дать зародыш цѣлебнаго политическаго развитія. Caesar de b. g. VI, 23: Quum bellum civitas aut illatum defendit aut infert, magistratus, qui ei bello praesint, ut *vitae necisque habeant potestatem*, deliguntur. In pace nullus communis magistratus, sed и т. д. Из *Waitz'a* deutsche Verfassungsgeschichte, B. 1 S. 101 заимствую я другую цитату: Beda hist. eccl. V, 10: Non enim habent regem iidem antiqui Saxones, sed satrapas plurimos suae genti praepositos, qui ingruente belli articulo mittunt aequaliter sortes, et quemcunque sors ostenderit, hunc tempore belli ducem omnes sequuntur; huic obtemperant, peracto autem bello *rursum aequalis potentiae fiunt satrapae*. Единство и дисциплина продолжались лишь так долго, как долго длилась бѣда.

Digitized by Google

Первый заведенный государством механическій порядок есть *порядок боевой*, здѣсь прежде всего требуется по постоянному численному отношенію произведенное дѣленіе народа [142]). Не должно соблазняться тѣм, что это дѣленіе имѣет в тоже время политическія и религіозныя отношенія; именно самое характеристичное всего устройства состоит в том, что военное устройство *опредѣляет* основныя формы государства, религіозные же и политическіе интересы приноравливаются к данному этим порядку. Быть может всего лучше можно было бы выразить это отношеніе таким образом: народ есть войско [143]), все войско имѣет свое богослуженіе и свои политическія функціи, но точно также имѣет их и каждый отряд войска. Курія есть не политическое товарищество, которое в то же время имѣет религіозное и военное значеніе, еще менѣе религіозное единство, отправляющее также политическія и военныя функціи, но она есть постоянный отдѣл войска или, так как народ и войско равнозначущи, отдѣл народа. И род есть отдѣл войска, но не дѣланный; дѣлано только *число* родов. На сколько поддержаніе этого числа не могло быть однако предоставлено случайности естественнаго расположенія, и на мѣсто вымершаго или другим образом выпадшаго рода должен был быть образован новый, на столько вторгается, если можно так выразиться, и искусство в эту, в остальном природѣ предоставленную область рода.

Боевой порядок был слѣдовательно первым случаем порядка, но чтобы послѣдній исполнял свою службу на войнѣ, он должен был поддерживаться и в мирѣ. Народ, возвращаясь домой по окончаніи войны, удерживает свое войсковое *дѣленіе*, да и остается войском; мир показывает нам в народѣ только войско в покоѣ, как война в войскѣ — народ в дѣятельности [145]). Народныя собранія

---

[142]) Обыкновенно, как в Римѣ и у многих германских народов, десятичная система, у нѣкоторых из послѣдних также дюжинная (12). См. *Waitz* a. a. O. Beil. 2 S. 275 u. ff.

[143]) У германцев первоначально существовало такое же тождество народа и войска. См. *Waitz*, a. a. O. S. 32.

[145]) Exercitus от exercere, т. е. ex-arcere, отражать, сравни arx замок, собственно: оружіе. Т. о. понятіе упражненія примыкает первоначально к военной дѣятельности; упражненіе есть военное упражненіе, народ в упражненіи — exercitus

Digitized by Google

являются слѣдовательно собраніями войска, только главнокомандующій может их сзывать [146]), и отдѣльные отдѣлы собираются под своими военными начальниками. Кто еще не достиг способнаго к службѣ возраста или уже перешагнул его, не может посему принимать никакого участія в народном собраніи. Старики, senes, составляют Senatus, котораго назначеніе не постановлять *рѣшенія*, а только давать *совѣты;* их старость дает им возможность дѣлать это и только это, и учрежденіе сената имѣло цѣлью ничто иное, как облечь в сообразную с устройством форму то вліяніе, которое всегда оказывает старость и опытность. Но с недостающей старикам силой исполнять принятыя рѣшенія недостает им и способности принимать участіе в постановленіи рѣшеній народом. В народных собраніях являются слѣдовательно только молодые, воины, только они имѣют волю, ибо волей считается только воля дѣятельная, которая может исполнить то, что захотѣла [146a]). Народ, populus равнозначущ поэтому с массой молодых, что подтверждает, кажется, и этимологія [147]), и столь же молод, как и способен носить оружіе. Puberes, совершеннолѣтними, и вмѣстѣ с тѣм членами populus'а дѣлаются, как скоро становятся способными к военной службѣ;

---

146) calare, отсюда classis = народ, classis procincta = войско. См. свидѣтельства у *Huschke*, Verf. das Serv. Tull. S. 134.

146a) *Festus* sub sexagenarios..... Quo tempore primum per pontem coeperunt comitiis suffragium ferre, juniores conclamaverunt ut de ponte dejicerentur sexagenarii, qui jam nullo munere publico fungerentur, ut ipsi potius sibi quam illi deligerent imperatorem.

147) Я принимаю производство, которое дает *Kuhn*, Zur ältesten Geschichte der indogerm. Völker S. 4 а именно от pulus — юный. По его сообщенію в ведах еще встрѣчается форма puli в сложных словах. И puer, pubes и т. д. принадлежат сюда-же. В populus, по *Куну*, первый слог возник чрез удвоеніе. Иначе, а именно от корня ple — πλα, производит populus *G. Curtius*, Grundzüge der Etymol. Leipzig, 1858. B. 1 S. 241. И *Потт*, который обыкновенно является моим руководителем в этимологических вопросах, принимает другое производство. B. 1 S. 193. Точно также *Mommsen* Röm. Gesch. I S. 72 (Aufl. 4): «Граждане являются в то же время «воинством» (populus, родственно с populari — опустошать войной, pora — мясник), в древних молебствіях это есть «вооруженное копьями воинство» (pilumnus poplus), на которое испрашивается благословеніе Марса». Аналогію представляет названіе Woiska (Woi = война, woiska буквально = толпа воинов) в Черногорской области для толпы народа, собранія.

Digitized by Google

кто может владѣть оружіем, не нуждается болѣе в tutor'ѣ и имѣет право подавать голос в народном собраніи.

Уже раньше (стр. 100) сдѣлана попытка в выраженіях curiae, decuriae, которыя обозначают отдѣлы народа, указать этимологически военное отношеніе. Vir есть воин (там же), слѣдовательно conviria или curia общество воинов, воин-ство (муж-ство); decemviria, decuria — меньшій отдѣл из 10 мужей, воинов [148]). Послѣднее выраженіе обозначает род со стороны его положенія в военном устройствѣ, выраженіе gens — безусловно как союз связанных рожденіем. Первоначальное военное устройство содержит 10 курій, каждая курія 10 декурій, слѣдовательно всего на всего 100 декурій; соединеніем трех, организованных таким образом народов утроилось в Римѣ это число.

Этимологія показывает нам слѣдовательно, что comitia curiata были первоначально собраніями войска, и выраженіе Quirites, которое употребляется при обращеніи к народу, представляет нам другое доказательство. Этимологическое объясненіе его равным образом уже (стр. 101) дано и, слѣдуя этому объясненію, выраженіе это означает воинов, носящих quiris, служебное копье. Populus Romanus Quiritium есть слѣдовательно юное воинство (мужство) копьеносцев, войско в его собраніях. Не должно только затрудняться тѣм, что выраженіе Quirites впослѣдствіи, когда понятія — народ и войско практически распались, означало граждан, и его примѣненіе к солдатам представляло брань; в таком изнашиваніи выраженія вслѣдствіе видоизмѣненія самого предмета нѣт ничего необычайнаго. Точно так же позднѣйшая компетентность куріатных комицій не должна вводить нас в заблужденіе относительно их первоначальнаго назначенія и характера.

Послѣ того как устройство Сервія Туллія, которое совершенно в духѣ той идеи, которой мы здѣсь занимаемся, удержало военное

---

[148]) Как при всѣх подобных, число в себѣ заключающих выраженіях, названіе остается тоже, хотя бы число в теченіи времени и измѣнилось. Против этого производства объявил себя *Ланге* (выше, стр. 101) и *Моммсен* (a. a. O, S. 67: «curia конечно родственна с curare = Coerare κοίρανος), за него *Schwegler*, Röm. Gesch. S. 496 с ссылкою на оскское vereia = viria, воинство (мужство), община и covehria = coviria».

Digitized by Google

устройство фундаментом [149]) государства, просуществовало довольно долгое время, всѣм, кто знал только современное состояніе центуріатных и куріатных комицій, могло показаться, как будто послѣднія не имѣют ничего общаго с военным устройством. Однако знатоку древности [150]) извѣстно было противное, а в пожалованіи imperium, военнаго главнокомандованія, которое по прежнему оставалось предоставленным куріатным комиціям [151]), жил еще важный остаток их военнаго характера. То, что куріатныя комиціи происходили в городѣ, центуріатныя внѣ города на Campus Martius, находится в связи с исторіей imperium. Во время царей военная власть, imperium, простиралась и на город, слѣдовательно собранія войска могли держаться и в городѣ, но вмѣстѣ с царским достоинством imperium было изгнано из города и центуріатныя комиціи сервиніанскаго военнаго устройства, которыя только теперь снова вошли в жизнь, были послѣдовательным образом перенесены за город и именно замѣчательным образом на посвященное богу войны поле [152]).

Мы обращаемся теперь к царскому достоинству, или, — тотчас же высказывая наше мнѣніе о его положеніи в римском устройствѣ, — к предводительствованію войском и данному этим принципу подчиненія. Мнѣнія о происхожденіи и характерѣ римскаго царскаго достоинства крайне расходятся друг с другом [153]), но здѣсь не

---

[149]) Это выказывается и в военной формѣ держанія центуріатных комицій. «Народ являлся в центуріатных комиціях соотвѣтственно понятію centuriae вооруженным войском, построенный по своим центуріям и под своими значками с центуріонами во главѣ, потому же созываніе центуріатных комицій называлось exercitum (для различія от войска также exercitum urbanum) imperare, их распущеніе exercitum remittere». *Huschke*, Verf. des Serv. Tull. S. 414.

[150]) См. напр. Livius V, 52. Comitia curiata, quae rem militarem continent.

[151]) Cic. de leg. agr. II, 12. Consuli, si legem curiatam non habet, attingere rem militarem non licet.

[152]) Gellius XV, 27. — — equia exercitum ex — tra urbem imperari oporteat, intra urbem imperari jus non sit, propterea centuriata in campo Martio haberi. Liv. 39, 15 cum vexillo in arce posito comitiorum causa exercitus eductus esset.

[153]) Вѣдь хотѣли же производством слова rex от ῥέζειν, жертвовать, повести его происхожденіе от жречества.

Digitized by Google

мѣсто их критиковать; я ограничиваюсь сообщеніем и обоснованіем моего собственнаго.

Rex, управляющій, судящій (reg-ula reg-ere), называется царем не потому, что он судит, управляет в юридическом, а в военном смыслѣ. Как военный порядок является у воинственнаго народа самым важным, самым древним и исходною точкою для политическаго, так и должность полководца, который устраивает и поддерживает этот внѣшній, механическій порядок, необходимѣе и древнѣе, чѣм должность магистрата, который наблюдает за болѣе абстрактным порядком и устройством государства. Только вслѣдствіе возрастающаго вмѣшательства государства в интересы, которые прежде были предоставлены самим себѣ, измѣняется это отношеніе. В древнѣйшее же время политическія функціи царя сравнительно с его военными функціями сильно отступают в тѣнь. Мужественный, искусный полководец был для воинственнаго народа существеннѣе, чѣм мудрый мирный князь. Акт *перваго* подчиненія при том совершается легче, чѣм при этом. Нужно вспомнить республиканскій дух, из котораго вышло римское право, тѣ идеи личной свободы, соединенія индивидуумов, отвращенія ко вмѣшательству государственных чиновников и т. д., чтобы имѣть возможность разсудить, что прорыв принципа подчиненія, а вѣдь таковым является царское достоинство, прежде всего и легче всего был возможен в том пунктѣ, гдѣ каждому должна была быть очевидной неотразимая необходимость подчиненія, а таким пунктом и было военное устройство. Первый rex был полководцем, котораго поставили во главѣ по причинѣ его военной доблести, и которому даровали необходимую силу таковаго — неограниченную власть, *imperium*. Но так как весь народ всегда оставался на военной ногѣ, то и сан полководца был постоянным, постоянный же полководец, никого над собой не знающій, есть царь.

Как политическое могущество царя является только слѣдствіем и придатком его военной власти, так и его религіозное положеніе и полномочіе. Как мог он осмѣлиться на битву, не увѣрившись заранѣе с помощью ауспицій в согласіи богов, и как мог он разсчитывать на их помощь, не сдѣлавши их с помощью жертвы благосклонными к себѣ и к своему войску? Религія является у Римлян неразлучной спутницей каждаго важнаго установленія,

Digitized by Google

каждаго союза внутри и внѣ государства, каждаго званія и каждаго важнаго мѣропріятія публичной и частной жизни. Как отец и глава дома (paterfamilias) отправляет для своих домашнее богослуженіе, так царь для народа. Боги Рима не требуют для своего почитанія посредничества жрецов, послѣдніе научают способу, который пріятен богам, но способность приближаться к ним за себя и за всѣх, кого она представляет, присуща сама по себѣ каждой высшей главѣ бо́льшаго или меньшаго товарищества.

Т. о. царскій сан является не совокупностью трех самостоятельных властей, военной, политической и религіозной; царь не есть полководец, политическая глава и жрец, но он есть полководец и в качествѣ таковаго в тоже время уполномочен собирать войско для политических цѣлей и приносить за него жертвы [154]). Различеніе этих трех качеств, выдѣленіе из них отдѣльных полномочій и образованіе из послѣдних особых должностей является только дѣлом долгаго процесса развитія. С этой позднѣйшей точки зрѣнія могли называть imperium [155]) экстрактом трех различных властей, по своей первоначальной природѣ оно является только военным главнокомандованіем. Как этого требует существо военной дисциплины, в нем заключалось право жизни и смерти (gladii potestas), обозначаемое сѣкирами на fasces, и это право должно было быть даровано избранному царю еще особым опредѣленіем комицій. Этот акт представляет договорное подчиненіе войска главному начальству избраннаго и потому послѣдній должен был сам присутствовать, чтобы заключить с ним этом договор, и предложеніе должно было, по закону иниціативы, (II. § 47[b] Note 840) исходить от него самого.

И imperium слѣдовательно может быть приведено к договору, но только дарованіе его. Продолженіе и отправленіе его в отдѣльном случаѣ независимо от согласія народа; оно основывает,

---

[154]) Serv. ad Virg. III, 80. Majorum haec erat consuetudo, ut rex esset *etiam* sacerdos et pontifex. Тоже самое повторялось и в болѣе мелких кружках курій и родов с их представителями, куріонами и декуріонами, как и вообще устройство древнѣйшаго государства основывается на подражаніи.

[155]) Этимологическое происхожденіе слова еще не открыто. Правда, думали о parere (слушаться), par (равный), однако у Осков находится для imperator форма embratur и дѣлает вѣроятным другое производство.

Digitized by Google

как и даровано, постоянное отношеніе подчиненія. Объем этого подчиненія опредѣлялся военным интересом; как далеко простирался послѣдній, так далеко и первое, у воинственнаго же народа простирается этот интерес чрезвычайно далеко. В imperium естественно заключалось право поддерживать военную дисциплину неограниченной карающей властью. В чем не было отказано полководцу времен республики, того не мог не имѣть и царь. Сама по себѣ эта военная карающая власть была совершенно совмѣстна с такою же властью народа; обѣ обращались вѣдь в совершенно различных сферах, одна была назначена для солдат, другая для граждан. Во времена республики эти сферы строго охранялись, и только тогда, когда в крайней нуждѣ приступали к назначенію диктатора — теперешнему объявленію осаднаго положенія или провозглашенію военнаго суда, — все населеніе поставлялось под строгость военных законов. Напротив того во времена царей эта военная судебноуголовная власть имѣла несравненно бо́льшее распространеніе и вторгалась желѣзной рукой и в гражданскую жизнь. Однако нѣт необходимости смотрѣть на это распространеніе как на дѣло чистаго насилія, как на узурпацію царей, могут быть найдены точки зрѣнія, которыя его мотивируют, по крайней мѣрѣ дѣлают понятным [155]a). Во первых та именно, что военная власть царя отнюдь вѣдь не была ограничена временем похода, и не прекращалась впродолженіи мира и пребыванія в самом Римѣ. Если народ удерживал свое качество войска и в Римѣ, то продолжалась и дисциплина, а с ней и военная карающая власть. Дисциплина однако есть весьма эластичное понятіе и в руках властолюбиваго царя могла быть

---

[155]a) Тоже самое развитіе военной уголовносудебной власти повторяется при норманнских королях в Англіи, см. об этом *Gneist*, Die Geschichte des *Selfgovernement* in England. Berlin 1863, S. 86. «С точки зрѣнія их феодальноправового королевскаго величія тяжкія преступленія дѣлаются, как *военныя преступленія* (felonies), предметом карающих опредѣленій военачальника. Именно при Генрихѣ I большое число новых случаев объявлено уголовными преступленіями. Дѣйствительные уголовные случаи являются, значит, как feloniae contra *pacem* Domini Regis». Примѣры там же на стр. 87: возстаніе против короля и государства, бунт в войскѣ, смертоубійство, поджог, грабеж, разбой, похищеніе, подлог, даже драки, если онѣ принимают мятежный характер. Понятіе perduellio (см. ниже) могло оказаться в руках римских царей не менѣе эластичным, чѣм понятіе felonies в руках норманнских королей.

Digitized by Google

без насилія расширена в такой степени, что способным к службѣ гражданином едвали могло быть совершено преступленіе, которое бы царь, если хотѣл, не имѣл права наказать. Вторая точка зрѣнія давала царю карающую власть и над непринадлежащими болѣе к активному войску лицами. Как предводитель вооруженной силы он должен был охранять государство от его врагов, возстановлять вновь общественную безопасность, гдѣ она была нарушена. Были ли это враги внѣшніе или внутренніе и в послѣднем случаѣ подлежали ли они военной карающей власти или нѣт, не представляло никакого различія; они одинаково подпадали под остріе меча. Как опредѣленіе судьбы плѣнных врагов не было предоставлено народу, но исключительно полководцу, так и наказаніе внутренних врагов [156]). Кто с своей стороны поступает как враг, как perduellis [157]), с тѣм в свою очередь и поступается точно также, т. е. царь судит его по военному праву, и провокація к народу не имѣет здѣсь мѣста. Таково широкое преступленіе perduellio = преступленіе проявленія враждебнаго образа мыслей против общественности [158]).

Как бы ни расширилась даже за эти точки зрѣнія уголовносудебная власть царя, первоначальное основаніе и область ея заключались в военном устройствѣ. Здѣсь является ея образованіе столь же понятным, даже необходимым, как наоборот, не взявши этого во вниманіе, оно было бы загадочным в виду идей о vindicta publica.

---

[156]) Что царь судил perduellis, явствует из извѣстнаго случая суда над Гораціем, точно также Брут, как обладатель imperium, судит заговорщиков, которые хотѣли предать город Тарквинію. В послѣднем случаѣ также заключалась perduellio и мнѣ кажется невозможным из употребленных здѣсь и в других мѣстах выраженій: proditores, proditio и т. д. образовывать вмѣстѣ с *Rubino* S. 466 fl. особенное преступленіе proditio в противоположность perduellio. Если бы это было возможно, то и это преступленіе, слѣдуя изложенной в текстѣ точкѣ зрѣнія, подлежало бы уголовному суду царя.

[157]) Perduellis (от para — очень и *duellum*, позднѣйшаго *bellum*) Festus sub voce: hostis apud antiquos peregrinus dicebatur et qui nunc hostis perduellis.

[158]) L. 11 ad leg. Jul. maj. (48, 4): Perduellionis reus est *hostili* animo adversus rem publicam vel principem animatus. Liv. IV, 15 Vim parantem, ne judicio se committeret, vi coercitum esse; nec cum eo tanquam *cum cive* agendum fuisse. id. II, 45. Edicunt inde.... si quis injussu pugnaverit, ut in *hostem* animadversuros. Отсюда при исполненіи смертнаго приговора трубный сигнал, Seneca de ira I c. 15: convocanda classico concio.

Digitized by Google

Что она отсюда дѣлала вторженія в область уголовной судебной власти народа, равным образом объяснимо, и я не вижу в направленной против приговоров царей провокаціи к народу ничего иного, кромѣ отраженія этих вторженій, призыванія народнаго суда в случаях, когда осужденный думал имѣть право оспаривать компетентность царя [159]), и имѣл интерес это дѣлать. Излишне говорить, что и почему при этом столкновеніи обѣих карающих властей положеніе царя было несравненно благопріятнѣе, чѣм положеніе народа, который должен был сперва быть созван царем. Неудивительно, что в теченіи времени он увидѣл свое участіе в уголовной судебной расправѣ ограниченным до минимума, который царь считал полезным ему предоставить.

Развитое в предъидущем пониманіе римскаго царскаго достоинства или, вѣрнѣе, его первоначальнаго мотива навлекло на себя упрек в слишком одностороннем удареніи на военную точку зрѣнія, и так как этот упрек исходит из уст людей [159a]), от которых я ожидаю относительно этой части римской древности болѣе компетентнаго приговора, чѣм от самого себя, то я и не осмѣливаюсь его отвергать. Потребность отыскать объясненіе для римскаго цар-

---

[159]) Слѣдовательно не аппеляція к высшей инстанціи, но, если хотите, иск об отмѣненіи рѣшенія по причинѣ некомпетентности. При военных проступках провокація на этом основаніи исчезала, так как вѣдь для них компетентность царя была несомнѣнна, и сюда надо относить извѣстія, отрицающія допущеніе провокаціи во времена царей. При обыкновенных преступленіях напротив того были компетентны суды народа, и если царь всетаки вмѣшивался сюда, то осужденный мог провоцировать к своему компетентному суду; сюда отношу я извѣстія, которыя свидѣтельствуют, provocationem etiam a regibus fuisse. В извѣстном случаѣ суда над Горацієм (Liv. I, 25, 26) допущеніе провокаціи представляло большое снисхожденіе, ибо Горацій убил сестру, вступая в Рим с побѣдоносным войском, слѣдовательно как *солдат*. В этом заключалось основаніе, дѣлавшее эту провокацію столь необыкновенной, и почему отец Фабія (Liv. VIII, 33) сослался на этот примѣр, ибо он точно также желал допущенія провокаціи относительно военнаго проступка.

[159a]) Как напр. *Schwegler* Röm. Gesch. I S. 651.

Digitized by Google

скаго достоинства чувствовали и другіе, и представивши себѣ обстановку, которая его окружает и почву, которую оно находит, едва ли кто сможет избавиться от этого чувства. Дух, вѣющій на нас со всѣх слѣдов первобытнаго времени, отнюдь не благопріятен царскому достоинству, это есть дух непокорнаго чувства собственнаго достоинства, индивидуальной независимости и самостоятельности, идея, что каждый себѣ сам господин, и лишь настолько перестает им быть, на сколько уступил другому власть над собой. С этим духом является в моих глазах царское достоинство лишь только в том случаѣ психологически совмѣстимым, если представляется возможность оправдать его введеніе основаніями, которыя должны были имѣть нѣчто принудительное даже для этого духа. Но тщетно ищу я кругом подобных причин внѣ вышеупомянутой точки зрѣнія. Не вѣрно, чтобы интерес судебной расправы мог вызвать к жизни царя; при неоспоримом долгѣ сам заимодавец совершает взысканіе без того, чтобы должник был сперва приговорен ему правительством, при сомнительном притязаніи оба они передают рѣшеніе мужу собственнаго выбора (стр. 144). Но столь же мало по моему вѣроятія, чтобы римскій царь был обязан, как в теократіях востока, своей должностью религіи. Религія в римской космогоніи (§ 8) занимает только второе мѣсто, Нума является лишь послѣ Ромула, и в этом прообразовательно выражено отношеніе духовной іерархіи к свѣтской. Чтобы духовный царь был в тоже время полководцем, каждый, имѣющій хоть малѣйшее понятіе о римском устройствѣ, объявит немыслимым; что наоборот полководец или свѣтская глава имѣл в тоже время священныя функціи, это никому не покажется удивительным.

Римское царское достоинство по образцу патріархальнаго государства хотѣли прикрѣпить к отеческой власти [159b]) — для основаннаго

[159b]) Всего рѣшительнѣе *Lange* Röm. Alterth. B. 1 (Aufl. 2) § 44, хотя он и должен допустить большія отступленія от обоих отношеній, см. S. 237, 240. «Widerspruch in sich selber». В существенном также *Mommsen* Röm. Gesch. I, 1 Kap. 5 (Aufl. 4) S. 64.... «видимое единство высшей римской семьи, которая заключала в себѣ весь Рим....» «Потом имѣет он полную власть в общинѣ, которая в семьѣ принадлежит paterfamilias, и господствует, подобно этому, пожизненно.... Ему принадлежит, как отцу, право наказанія и судебная власть».

Digitized by Google

на семейном принципѣ государства сама по себѣ совершенно правдоподобная идея. Но пусть проведут ее послѣдовательно, чтобы посмотрѣть, куда она приведет и чего с ней достигнут. Если бы римскій мір имѣл смысл и пониманіе для такого примѣненія patria potestas, то вѣдь устройство gens'а должно было бы дать к этому ближайшій повод, патріарх gens'а дал бы естественный первообраз высшаго патріарха. Но устройство рода организовано насквозь республикански, родичи наслѣдуют, помогают, рѣшают, отправляют дисциплинарную власть. Мы знаем о «princeps gentis» [159c], но ничего не знаем о монархической главѣ его. Если уже устройство всего государства — а вѣдь к этому ведет вышеупомянутое мнѣніе — было образовано по образцу семьи и потому пост главы семьи должен повториться в постѣ царя, как же случилось, что его нѣт в несравненно ближе к семейству стоящем, болѣе тѣсном кругу gens'а? Архитектоника древнѣйшаго государства существенно основывается на повтореніи меньшаго круга в бо́льшем, на законѣ подражанія и симметріи, с этим однако я никак не могу согласить того, что при мнимом перенесеніи отца из семейства в государственное устройство перескочили столь важный средній член, как gens, о куріях уже нечего и говорить. Но и положеніе римскаго царя по отношенію к народу никоим образом не соотвѣтствует тому виду, который в других случаях имѣет патріаршество, ничего уже не говоря о совершенном отсутствіи этимологических указаній. Имущество государства есть не «царское добро», но res publica, царь не берется из одного опредѣленнаго семейства, еще менѣе назначается он рожденіем, но вполнѣ свободно избирается; над имуществом отдѣльных лиц он не имѣет ни малѣйшей власти, между тѣм как наоборот отеческая власть полагает все имущество дѣтей в руки главы дома. И извнѣ, гдѣ он имѣл бы случай представлять свой народ как отец, дѣлает это не он, а для каждаго отдѣльнаго случая назначается особенный «дѣланный отец» (pater patratus), который, принесши свои жалобы чужому народу, снова впадает в свое ничто, чтобы впослѣдствіи дать мѣсто царю, как полководцу. Формула, которой пользуется этот посол — явно

[159c]) Macrob. Sat. I, 6 i. f. princeps Corneliae gentis. Sueton. Tib. c. 1 Atta Claudio gentis principe.

Digitized by Google

одна из древнѣйших, которыя до нас сохранились (Liv. I, 32) — в высшей степени характеристична для положенія, которое занимает царь. О нем в ней нѣт совсѣм и рѣчи, а говорится только о народѣ! Муж возвѣщает о себѣ как о «послѣ римскаго народа», и окончивши свою жалобу, он грозит не тѣм, что скажет это *царю*, но что дома старѣйшины будут совѣщаться о дальнѣйшем. Война рѣшена, когда большинство сената высказалось за нее, без того чтобы царь дѣлал при этом что либо другое, кромѣ назначенія голосованія. И при объявленіи войны опять о царѣ нѣт и рѣчи, посланный объявляет ее как рѣшенную сенатом от его имени и от имени римскаго народа. И только теперь, когда войско выступает в поход, замѣтно, что там есть царь, т. е. полководец.

Но пусть будет так, — пусть я придал слишком исключительное значеніе качеству полководца в римском царѣ, я всетаки считаю себя в правѣ утверждать покрайней мѣрѣ то, что от *этой* исходной точки все римское царское достоинство психологически и исторически может быть объяснено несравненно удовлетворительнѣе, чѣм прикрѣпляя его к религіи или отеческой власти. Пусть и другія идеи содѣйствовали — преимущественно военнаго характера римскаго царскаго достоинства я твердо держусь и теперь как сперва, и при том малом сочувствіи, которое нашла до сих пор эта идея, я не могу отказать себѣ привести за нее по крайней мѣрѣ один авторитет. Это есть мѣсто из римской исторіи Швеглера (*Schwegler*, Römische Geschichte [I S. 523]) которое я перепечатываю в послѣдующем.

«В обоих первых царях римскаго государства, говорится здѣсь, олицетворил мне оба, на первый взгляд столь различные основные элемента римскаго существа — воинственный дух націи и ея деизидемонію. Потому первый царь должен был основать римское государство силою оружія, вселить в него дух завоеванія, честолюбивое стремленіе к военному превосходству, второй же должен был вновь основать его религіей и нравственностью, как бы родить его вновь. Военная дѣятельность слѣдовательно составляет средоточіе дѣйствованія Ромула: вѣдь послѣдним словом, обращенным им к своим Римлянам, как бы его политическим завѣщаніем было увѣщаніе к ревностному исполненію военнаго дѣла. Нельзя отрицать, что в основаніи этого вымысла лежит вѣрная идея. Каждому государ-

Digitized by Google

ству сопутствуют условія его происхожденія; ни одно не может измѣнить своего историческаго фундамента и если вѣрно, что государство должно поддерживаться тѣми же средствами, при помощи которых оно было основано, то нѣкоторое правдоподобіе имѣет и обратное заключеніе, что тѣже средства, которыми государство должно поддерживаться, были, по всей вѣроятности, употреблены и при его основаніи; что слѣдовательно государство, существующее только мечем, мечу обязано и своим происхожденіем. Націи часто влагают в сказанія о своем возникновеніи весьма вѣрное сознаніе своего національнаго характера и своего историческаго призванія. Торг и хитрость были средствами, которыя, как говорят, были примѣнены при основаніи Карѳагена: счастливѣе не могли найти символа для духа этого народа торгашей. Мечем должен был быть основан Рим, витязь должен был основать его; никакой другой основатель, кромѣ таковаго, не был достоин этого великаго государства войны».

Так говорит *Швеглер*. И этим может быть покончен вопрос о римском царском достоинствѣ. Но нам остается еще разсмотрѣть культурноисторическое вліяніе военной дисциплины на римскій народ — вліяніе, котораго, по моему мнѣнію, и исторія права не может оставить без вниманія. Оно стоит в тѣснѣйшей связи с той склонностью к строгому внѣшнему порядку и ненарушимому соблюденію формы, которая столь отличительным образом была свойственна римскому народу. Никакая другая школа не вызывает ее так легко и так вѣрно, как военное повиновеніе. Склонность, которую оно пораждает, есть без сомнѣнія только подчиненная форма нравственнаго духа, в ней есть нѣчто несвободное, она покоится болѣе на механической привычкѣ, чѣм на внутренней, нравственной выработкѣ, направлена больше на внѣшнюю форму и стереотипную соразмѣрность порядка, чѣм на его внутреннюю сущность. Со всем тѣм она имѣет неоцѣненное достоинство, и народ, желающій достигнуть чего либо великаго, нуждается в военном воспитаніи. Во времена одичалости война, которую народ ведет под бичом военной дисциплины, является леченіем народов мечом, вѣрнѣйшим средством к их выздоровленію. Не в строгости лежит цѣлебная сила военной дисциплины; деспотическое правленіе может в этом далеко превзойти ее и однако оно гораздо болѣе обезсиливает и деморализует народ, чѣм укрѣпляет его. Между тѣм как оно проявляет только стро-

Digitized by Google

гость *произвола*, военная дисциплина соблюдает строгость *порядка;* нѣт быть может другаго отношенія, которое в такой степени давало бы человѣку понять необходимость внѣшняго порядка, и внушало бы ему такое неискоренимое отвращеніе ко всякому безпорядку, ко всякой безформенности и безурядицѣ, как военная дисциплина.

Римскій народ времени царей был так счастлив, что имѣл устройство, которое держало его и во время мира, как и во время войны, в этой военной дисциплинѣ. Послѣ того, как он нашел в ней свое воспитаніе [160]) и дух порядка и законности сдѣлался второй природой народа, эта школа могла без опасности быть ограничена временем войн. Завоевательная страсть Римлян безпрестанно ввергала их в новыя войны и этим доставляла каждому новому поколѣнію выгоды военнаго воспитанія. Война учила познавать цѣну *порядка*, мир — цѣну *свободы*, и юношество римскаго народа пріобрѣтало в строгой школѣ *послушанія*, которая впрочем начиналась уже в семьѣ с patria potestas, достоинство и способность *повелѣвать*.

В исторіи римскаго народа, как и в самом его правѣ, выступает в высшей степени явно вліяніе этого воспитанія. Заслугѣ *Гегеля* [161]), которая не уничтожается тѣм, как он утрирует эту мысль, (стр. 86), обязаны тѣм, что обратили вниманіе на то вліяніе, которое оказала военная дисциплина на образ мыслей Римлян, и историк права болѣе всѣх в состояніи оцѣнить достоинство этого замѣчанія, имѣя возможность слѣдовать далѣе указанію, которое оно дает. Тот формализм римскаго права, с которым мы познакомимся во второй системѣ, как с одной из самых выдающихся

---

[160]) Сами Римляне признавали это; см. напр. Livius lib. II, 1 в размышленіи о времени царей.

[161]) Philos. der Geschichte 1840, S. 346: «Ибо оно (основаніе государства) ведет непосредственно за собой как самую суровую дисциплину, так и принесеніе жертв для цѣли союза. Государство, которое только что само себя образовало и покоится на силѣ, силою же должно и сплачиваться. Там имѣет мѣсто не свободная, либеральная связь, но принужденное состояніе подчиненія, которое вытекает из подобнаго источника»; но всего больше на стр. 350, гдѣ он особенно выставляет на вид также то, что «плебс в возмущеніи и разстройствѣ законнаго порядка так часто приводился к порядку простой формальностью».

Digitized by Google

характерных черт ея, гдѣ бы нашел он, если его не хотят оставить простым фактом, без всякой связи и объясненія, лучшую точку опоры, чѣм в формализмѣ военной дисциплины? Не является ли он, подобно послѣднему, порядком порядка ради, дисциплиной правовых сдѣлок, которая неумолимо держится строгой равномѣрности и без снисхожденія наказывает всякій проступок, всякую ошибку и всякое само по себѣ равнозначущее, лишенное всякаго значенія отступленіе от внѣшняго порядка? Для римскаго права представлял он ту же школу дисциплины и порядка, которую народ находил в лагерѣ. Здѣсь в лагерѣ привык народ к тому подчиненію, к той строгости буквы, которую он впослѣдствіи снова нашел в формах своей правовой жизни; посѣдѣвшій на службѣ полководец не мог бы с бо́льшим педантством и с бо́льшею строгостью установить внѣшній порядок правоваго сношенія и надзирать над ним, чѣм древніе юристы. Благодатное вліяніе, которое это военное дисциплинированіе правовых сдѣлок произвело на развитіе римскаго права, можем мы показать только во второй системѣ, но уже здѣсь мѣсто замѣтить, что в величіи римскаго права воинскій дух населенія имѣет главную долю заслуги.

III. Религіозный принцип с его вліяніем на государство и право.

Противоположность религіознаго (fas) и свѣтскаго (jus) права. — Проявленіе религіознаго элемента в различных частях права, особенно въ уголовном правѣ. — Наказаніе как средство религіознаго очищенія. — Homo sacer. — Частное право.

Civitas quae nunquam profecto sine summa placatione deorum immortalium tanta esse potuisset. Cic. de nat. deor. II, 2.

XVIII. Элементы римскаго правоваго міра, представленные нам предшествующим изложеніем, обращаются всѣ в трезвой прозаической сферѣ понятія пользы — идеи и учрежденія с практической тенденціей, как таковыя цѣнныя и необходимыя, но без высшаго нравственнаго полета. Развѣ право и государство были

Digitized by Google

когда либо сооружены из такого матерьяла? Насколько мы знаем, никогда! «То, что народ должен черпать из собственной среды, мѣтко говорит *Яков Гримм*, бывает похоже на него самого, то, до чего он может касаться руками, лишается своей святости; без неприкосновенности не было бы основано никакой святыни, к которой человѣк должен прилѣпляться и которой должен держаться».

Всюду, гдѣ право впервые выступает в исторіи, является оно в связи с другой силой, которая, давая ему печать высшаго посвященія, избавляет его от смѣны интересов и цѣлей, от критики разума и от произвола голой силы, отодвигает его в извѣстную благоговѣйную, недосягаемую даль — всюду является оно в связи с религіей. Повелѣнія права выдаются за повелѣнія Божества, или только нѣкоторыя, особенной нравственной важности и вѣса, или же всѣ. Не то, чтобы здѣсь дѣйствовали намѣреніе, разсчет, благочестивый обман, нѣт, сознаніе нравственной природы права, будучи субъективно внимаемо религіозно настроенной натурой, как голос Божества, объективно выражает свои внушенія и воззрѣнія как божественныя откровенія. Религіозно возбужденное чувство востока внимает этому голосу Божества повсюду, во всѣх отношеніях и повелѣніях как права, так и нравственности; сферы права, нравственности и религіи здѣсь совсѣм не достигают самостоятельности, идея божественной воли ставит всѣх их на одну линію. Но болѣе холодно настроенному чувству культурных народов запада на ряду с повелѣніями и отношеніями права и нравственности, которыя являются ему в свѣтѣ божественных распоряженій и учрежденій, знакомы уже и другія, при которых оно очень хорошо сознает их человѣческое происхожденіе и характер. У греческаго народа произошло [163]a) это раздѣленіе только в историческое время, у римскаго уже в первобытное время; он приносит с собой уже при первом своем появленіи противоположность fas и jus, в которой выражено это раздѣленіе, как будто хотѣл доказать этим тотчас с самаго на-

---

[163]a) *K. F. Hermann*, Ueber Gesetze, Gesetzgebung und gesetzgebende Gewalt im griechischen Alterthum. Abdruck aus B. 4 der Abh. der Gesellsch. der Wissensch. zu Göttingen. Daselbst 1849. S. 7 fl. Противоположность выражается в θέμις и θεσμὸς с одной стороны и νόμος и δίκη с другой. У Гомера встрѣчается только θεσμὸς, а не νόμος.

Digitized by Google

чала свое призваніе к міру права и свою практическую разлагающую способность.

Fas есть религіозное, священное или откровенное право. [164]) Fas заключает в себѣ как религію, на сколько она принимает правовую форму, слѣдовательно, говоря нашим теперешним языком, церковное право, так и частное и публичное право, насколько оно имѣет религіозное отношеніе — различіе, которое мы можем сдѣлать, чтобы уяснить себѣ область Fas, которое впрочем в самом Fas не выступает. Не все право имѣет религіозный характер, религіозная субстанція, если можно так выразиться, не проникает болѣе всего организма, но Бог и люди, религія и государство уже подѣлились, совершили размежеваніе. Jus есть установленіе человѣческое, потому измѣнчиво, способно к развитію. Обязательная сила его покоится на всеобщем соглашеніи народа, неуваженіе к нему оскорбляет чисто человѣческіе интересы. Наоборот Fas опирается на волю богов, стало быть оно неизмѣнно, если только сами боги не захотят нововведенія; нарушеніе его представляет преступленіе против богов. Fas'ом смотрит римское право, сказал бы я, на восток, Jus'ом на запад; то является его консервативной стороной, это — прогрессивной. Итак этот словесно выраженный, т. е. сознанный дуализм права, встрѣчаемый нами при первом вступленіи в нашу область, доказывает уже разлагающую силу римскаго духа. В культурноисторическом отношеніи является он достойным большаго вниманія явленіем и знаменует в высшей степени важный прогресс человѣческаго самосознанія.

Уже сама почва, на которую мы вступаем, показывает нам дѣйствіе и вліяніе религіи. Боги, община и индивидуумы подѣлили ее

---

[164]) Isid. Orig. V, 2: Fas lex divina, jus lex humana est. Serv. ad Georg. I, 269. Fas et jura sinunt i. e. divina humanaque jura permittunt, nam ad religionem fas, jura pertinent ad homines. Санскр. корень bhâ, от котораго обыкновенно производят это слово, означает: свѣтить (казаться), отсюда также греч. φαίνειν и φαος свѣт. *Pott* a. a. O. S. 195: В родствѣ с этим находятся φημί и fari от корня bhash (говорить). *Pott* S. 271. Здѣсь существует подобная же связь между свѣтить (казаться), показывать и говорить (показывать словами), как при dicere (стр. 141 примѣчаніе 69). Слѣдовательно этимологически Fas есть или свѣтящееся (кажущееся), свѣт или указаніе (богов), божественное опредѣленіе, как fatum. Об этимологіи jus см. примѣчаніе 114.

Digitized by Google

между собой; но не та часть только, которая принадлежитъ богам, пользуется религіозным покровительством, и стѣны города, и границы частных недвижимых имѣній, [164]a) как камни, деревья, рвы, и плоды на полях и т. д. имѣют в нем свою долю, и кто повреждает стѣны, сдвигает границы, крадет плоды ночным временем, тот согрѣшает против богов и навлекает на себя их гнѣв и самое тяжелое наказаніе. [164]b).

Но ближе чѣм почва стоит к богам нравственный мір, который на ней устроен. Всего ближе та его часть, которая относится к их непосредственному служенію: культ и церковное устройство, если можно употребить это новѣйшее выраженіе. Варрон разсматривал эти отношенія («res divinae») по четырем категоріям [164]c), напоминающим о трех категоріях юристов: personae, res, actiones. Категоріи personae соотвѣтствовала категорія «de hominibus», в которой он разсматривал духовныя власти, второй (res) — категорія de locis, в которой он говорил о священных мѣстах: res sacrae и religiosae, третьей (actiones) — послѣднія двѣ: de temporibus, о священных временах и играх и de sacris, о посвященіях и жертвах. Цѣлью всего устройства было привлечь весь народ к служенію богам, а именно не по свободной волѣ, так чтобы нерелигіозный мог бы избѣгнуть его или предоставить жрецу за него молиться и жертвовать, но посредством правоваго принужденія и таким образом, что каждый должен был сам предпринимать лежащія на нем дѣйствія. Богослуженіе было государственным установленіем, которое, как и всякое другое, было обезпечено *правовой* обязанностью. Ибо народ отвѣтствен пред богами и за отдѣльную личность; они отомщают на цѣлом то, против чего отдѣльная личность погрѣшает, в чем она провиняется, что оскорбляет. Потому этот порядок не ограничивается только sacra всего народа и всѣх его отдѣльных кружков,

---

[164]a) Точно также по германскому праву. *F. Thudichum*, Die Gau- und Markverfassung in Deutschland. Giessen 1860, S. 125: «Злостное поврежденіе или передвиженіе пограничных знаков считалось преступленіем против божества».

[164]b) Дальнѣйшее о пограничном (межевом) правѣ, см. у *Rudorff*, Schriften der römischen Feldmesser. II S. 236 ff.

[164]c) *Becker-Marquardt*, Handbuch der Röm. Alterth. IV S. 3.

Digitized by Google

но спускается до семейств, и стражи этого порядка — pontifices заботятся о том, чтобы при наслѣдованіях и аррогаціях отношенія частных sacra были приведены в порядок. Послѣднія лежат как подать наслѣдованія на каждом наслѣдствѣ (nulla hereditas sine sacris).

И не скупо отрѣзано то, что подают богам. Годовыя издержки на игры, праздники и жертвы в древнее время были навѣрно значительнѣе, чѣм всѣ другія статьи римскаго государственнаго бюджета вмѣстѣ взятыя. Между тѣм как казна нерѣдко приходила в тяжелыя затрудненія и должна была прибѣгать к займам, боги постоянно наслаждались самым блестящим благосостояніем и богатѣйшими доходами — церковное имущество было неприкосновенно, как собственность богов (res divini juris) стояло оно внѣ commercium. [165]) Только позднѣйшее время осмѣлилось съузить доходы богов, отнявши напр. сбор, состоявшій из теряемых закладов при legis act. sacramento, у духовнаго фонда и предоставивши его свѣтскому. Имущество церкви, кромѣ непосредственно почитанію Бога посвященных храмов, священных мѣст и принадлежащей к ним движимой утвари, состояло еще из помѣстій, назначенных для снабженія жрецов и для покрытія прочих издержек. Кромѣ того однако для нея были открыты еще многіе источники дохода. Не рѣшено, была ли обязательным учрежденіем десятина, которой церковь так многократно пользовалась и которая засвидѣтельствована и для римской древности; нам сообщается, что в древнія времена имѣли привычку давать ее по обѣту, [166]) что однако впослѣдствіи явно должно было выйти из употребленія, так как позднѣйшее преданіе сообщает только об единичных случаях. [167]) За то церкви принадлежали теряемые

---

[165]) Эта безопасность, которой пользовалось церковное имущество, была причиной, почему цѣнныя вещи и важные документы охотно отдавались на сохраненіе в храмы (sacro commendatum, Cic. de leg. II, 16). Впрочем res religiosae и sacrae могли быть лишены освященія, могли дѣлаться res «profanae». *Böcking* Pandekten I § 69 Note 9 (Aufl. 2).

[166]) У Macrobius Sat. III, 12: Varro... testatus, majores solitos decimam Herculi *vovere*. Varro de L. L. VI, 54 Herculi decuma. Festus: *Decima* quaeque veteres diis suis offerebant. Точно также, по свидѣтельству Варрона у Macrob. Sat. I c. 7 у Пелазгов: decima praedae secundum responsum Apollini consecrata.

[167]) Macrob. III, 6 (Десятина от торговли). Liv. V, 21 (от всей военной добычи).

Digitized by Google

заклады гражданскаго процесса, а при болѣе тяжких преступленіях все имущество преступника приносилось в жертву разгнѣванному божеству. [167]a) Погрѣшности против религіознаго порядка и постановленій (piacula) искуплялись чрез piamenta, соотвѣтствовавшія multa гражданскаго права. [167]b) Свободный, но по обычаю римской жизни чрезвычайно обильный источник представляли обѣты (vota), которыми имѣли обыкновеніе покупать благосклонность и поддержку богов для предпріятій всякаго рода. По лежавшим на отдѣльных товариществах и семействах культам послѣдніе должны были сами покрывать издержки.

Но религіозный и церковный строй, как таковой, имѣет для наших цѣлей мало интереса, [168]) несравненно важнѣе для нас удостовѣриться в том, как религіозный элемент и Fas проникал всю жизнь. Мы начнем с государства.

Государство с его порядком поставлено религіозным актом посвященія под покровительство религіи, нѣкоторым образом сдѣлано божественным храмом, в котором ничего не смѣют измѣнять без воли богов, в нем обитающих. Кто совершает преступленіе против этого священнаго порядка государства, согрѣшает поэтому и против богов. Нѣт такой части в этом зданіи, которая бы не была посвящена особому богу. Политическій союз без религіознаго для Римлян немыслим, потому не только каждый род, курія и триба имѣет свое особенное богопочитаніе, но если Рим хочет вступить с другими народами в продолжительное политическое общеніе, то и между ними должно быть основано религіозное общеніе. По этой причинѣ Рим принимает в себя богов всѣх народов, которые он соединяет с собой, как и с

---

[167]a) Так при homo sacer (см. ниже). По Isidor Orig. VI, 29 (перепечатано в примѣчаніи 183) и Serv. ad Aen. I, 632 sacrificia de bonis *damnatorum* наслѣдство каждаго казненнаго употреблялось на supplicatio богов. «De bonis *execrandorum*, прибавляет к этому Servius, sacrae res fiebant».

[167]b) См. об этом *Danz* Der sacrale Schutz S. 98 fl.; различаются hostiae majores и minores: «pecunia publica», которой отец Горація должен был искупить своего сына (Liv. I, 26), назначается на покупку жертвеннаго животнаго. Еще от multa боги получали нерѣдко подарки; напр. Liv. X, 23, 33.

[168]) В изложеніи исторіи права он конечно не может быть опущен, и *Walter* Röm. R.-G. 1 Kap. 18 (Aufl. 3) с полным правом обратил на него особенное вниманіе, на что здѣсь может быть указано.

Digitized by Google

своей стороны допускает послѣдних к Юпитеру Капитолину, как покровителю всего римскаго государства. Боги являются богами государства; их область не может простираться далѣе области государства, но необходимо простирается также далеко как послѣдняя, она расширяется и съуживается в той же мѣрѣ, как послѣдняя. Политическое раздѣленіе народа соотвѣтственно уничтожало первоначально національное единство культа, [169]) с каждым государством, которое раздѣлялось на нѣсколько государств, разщеплялось и божество на столько же особых, впредь чуждо друг к другу относящихся богов. Политическая и религіозная peregrinitas обусловливали друг друга, как и на оборот политическая и религіозная общность. Негражданин не может поклоняться богам Рима, гражданин должен поклоняться, обожаніем чуждых богов он нарушил бы свои гражданскія обязанности.

Кто является представителем государства или какого бы то ни было политическаго единства, тот заступает его мѣсто и по отношенію к богам, должностныя лица являются прирожденными жрецами; религіозныя функціи постоянно образуют необходимую составную часть их должностной дѣятельности. В знаніи церковнаго обряда пусть являются им помощниками лица духовнаго сословія, но само религіозное дѣйствіе исходит от них, способность дарована им государственной должностью. Царь, как впослѣдствіи консул, приносит жертвы и производит ауспиціи, как в Римѣ, так и в походѣ.

---

[169]) Я не могу не дозволить себѣ перепечатать относящееся сюда замѣчаніе из богатых превосходными разъясненіями «Studien und Andeutungen im Gebiete des altrömischen Bodens und Cultus», von *Ambrosch*, Heft 1. Bresl. 1839: «Если, говорится там на стр. 178, Юпитер и Юнона и вышли из общаго всѣм латинянам воззрѣнія, то все же это единство воззрѣнія сдѣлалось множественным, когда в Альбѣ, Пренестѣ, Габіях образовалась политическая жизнь; національное божество сдѣлалось римским, габинским и т. д., вмѣстѣ с чѣм и religio Gabina сдѣлалась для Рима peregrina, короче: первоначально-національное единство культа было уничтожено политическим раздѣленіем народа, так что, в случаѣ если теперь члены націи снова встрѣчались в теченіи их политическаго развитія, общность богов могла наступить только по международноправовому договору. Разумѣется это отношеніе peregrinitas было взаимным. До послѣдняго мира с латинянами Римлянин считался в Ланувіумѣ чужим по отношенію к sacra Lanuvina, как житель Ланувія в Римѣ по отношенію к sacra publica римскаго народа».

Digitized by Google

Сохранить за собой благоволеніе богов есть первая забота государства [170]), и с заботливостью наблюдает оно за богослуженіем. Жертвы, праздники, игры чередуются одни за другими, каждое преступленіе, каждый проступок, который мог бы раздражить богов, искупляется, каждое знаменіе и чудо, из котораго можно заключить о их волѣ, наблюдается, и если они всетаки гнѣваются, т. е. если Рим всетаки постигает несчастіе, то жрецы и толкователи знаменій истощаются в изслѣдованіях, чтобы открыть причину, а народ, сенат и должностныя лица — в обѣтах, постановленіях и благоугодных дѣлах, чтобы снова сдѣлать богов благосклонными. При каждом важном предпріятіи сперва удостовѣряются посредством ауспицій в их согласіи; жертва и молитва открывают пренія, и смотря по их роду опредѣлены в Fas'ѣ тѣ дни, когда они могут имѣть мѣсто. Самые незначительные религіозные вопросы в порядкѣ дѣл постоянно имѣют преимущество перед самыми важными свѣтскими [171]). И для свѣтскаго дѣянія собираются в священном мѣстѣ; так куріям и сенату мѣстом собранія служит храм, и из храма же имѣют обыкновеніе должностныя лица держать собранія [172]).

Но Fas содержит не только предписанія о внѣшней формѣ сдѣлок, но и множество матерьяльных государственноправовых положеній [173]). Мы уже упомянули о том, что древнѣйшее устройство было религіозно освящено, но и во время республики продолжаются отношенія между религіей и государственным правом. Так напр. было противно Fas, чтобы диктатор оставался в должности болѣе 6 мѣсяцев, так leges sacratae со включеніем дарованных ими плебсу трибунов были поставлены клятвою всего народа под защиту религіи, и каждый, кто их оскорблял, был объявлен sacer. Здѣсь сослужила наконец религія службу и плебеям, защищая их полити-

---

[170]) Liv. XXXVIII, 48: civitas, quae omnibus rebus incipiendis gerendisque deos adhibet. Cicero de nat. deor. II, 2: civitas, quae nunquam profecto sine summa placatione deorum immortalium tanta esse potuisset.

[171]) Gell. XIV c. 1 de rebusque divinis prius quam humanis ad senatum referendum esse.

[172]) *Rubino* a. a. O. S. 241.

[173]) Потому тот, кто вносил предложеніе закона, обыкновенно прибавлял оговорку, идущую явно из древнѣйшаго времени: si quid fas non sit rogari, ejus rei hac lege nihil rogatur; см. об этой оговоркѣ III, 223 fl.

Digitized by Google

ческія права, между тѣм как наоборот в других случаях она им прямо препятствовала, принимая под свое покровительство привилегіи патриціев. То обстоятельство, что древнѣйшее устройство насквозь проникло религіозными элементами, сдѣлало из него для патриціев могущественный бастіон против напиравших плебсев, ибо нападеніе и защита касались в тоже время богов, и религіозныя идеи поддерживали и облагораживали политическое сопротивленіе.

Каждая государственная должность требовала клятвеннаго обѣщанія добросовѣстной службы, и именно в первые пять дней от момента ея принятія [174]). Но не только собственно должность — каждая обязанность, которую принимает на себя кто либо в общественных дѣлах, сопровождается присягой [175]), и каждое показаніе, которое кто либо должен дать перед правительством, должно быть подтверждено клятвой [176]). Присяга опять появляется и в международном правѣ. Международноправовой договор всегда подтверждается

---

[174]) Пять дней слѣдовательно должностное лицо имѣло право отправлять *временно* свою должность, Liv. XXXI, 50 magistratum autem plus quinque dies, nisi qui jurasset in leges, non licebat gerere. В теченіи 5 дней должен был вѣроятно в древнем устройствѣ царь внести lex curiata de imperio, чтобы достигнуть полнаго обладанія своей властью; так объясняется то, что только 5 дней позволяли отправлять свою должность interreges, которые вѣдь *не должны* были имѣть этой полной власти; именно этим показывают они себя мнимыми царями. Этот срок был перенесен потом на должностную присягу, если она (как принимает *Mommsen*, Röm. Staats-R. I 506) была введена только впослѣдствіи; послѣдней также не должны были учинять interreges. Lex curiata de imperio и должностная присяга были признаками окончательнаго в противоположность временному. На аналогію между пятидневным сроком при jurare in leges и продолжительностью должности отдѣльнаго interrex'a обратил вниманіе уже *Lange*, Röm. Alterth. I. S. 608 (Aufl. 2), не соединяя с этим однако вышеупомянутой комбинаціи.

[175]) Так клянется солдат при приведеніи к служебной присягѣ (sacramentum), потом к лагерной присягѣ и наконец солдаты между собой, первоначально добровольно, впослѣдствіи по предписанію, клянутся не обращаться в бѣгство, оставлять свои ряды только по извѣстным причинам и т. д. Gell. XVI, 1 Liv. II, 45. Что судьи должны были присягать, об этом нечего и упоминать.

[176]) Так показанія при цензѣ, Liv. 43, 14; далѣе о дѣйствительности супружескаго намѣренія при бездѣтном бракѣ: solemne juramentum de uxoribus Gell. IV, 20 (B. III, 250, 259). Даже общественныя лица, не хотѣвшія допустить ни малѣйшаго сомнѣнія в достовѣрности их увѣреній или угроз, имѣли обыкновеніе публично присягать.

Digitized by Google

клятвой, заключается ли он односторонне и под условіем согласія народа полководцем (sponsio), или от имени и по порученію народа феціалами (foedus) [177]). Именно для международнаго права, которое во всѣ времена всего труднѣе осуществляет идею права, всего нужнѣе была поддержка со стороны религіи. Боги той и другой стороны имѣли попеченіе о клятвенных договорах, а потому и документы их хранились в храмѣ Юпитера Капитолина, этом религіозном средоточіи всего государства [178]). Предпринятіе войны против народа, с которым раньше заключен был такой договор, было по этому религіозным вопросом и требовало прежде всего религіозно-международноправоваго процесса против вѣроломнаго народа, а потом опредѣленія, что война есть purum piumque bellum. (Liv. I, 32).

Той частью права, на которой у всѣх народов на извѣстной ступени их развитія обнаруживается вліяніе религіи в совершенно особенно высокой степени, является *уголовное право*. Точно также и в римском правѣ. Оба основныя понятія уголовнаго права, преступленіе и наказаніе, представляются древнѣйшему времени в свѣтѣ религіознаго пониманія; а именно преступленіе — как грѣх против божества, наказаніе — как средство очищенія. Если мы немного промѣшкаем на этом пунктѣ, то это найдет свое оправданіе в том, что здѣсь дѣло идет не о разъединенных слѣдах религіознаго принципа, но о фундаментальном воззрѣніи, новой исходной точкѣ всего уголовнаго права (другую см. выше стр. 182).

Не каждая несправедливость или проступок, вызывавшій месть отдѣльной личности или народа, или приводившій в дѣятельность карающую власть царя, являлся преступленіем против богов. Вор, разбойник провинялись только пред людьми, и люди требовали от них наказанія, боги сюда не вмѣшивались. Напротив того другіе проступки касались и их, или сообща с людьми, или их одних. Относительно послѣдних собраніе имѣло лишь обязанность позаботиться

---

[177]) Liv. I, 24. Не основывалось ли имя pater patratus, который давал присягу, на той идеѣ, что он извнѣ представляет римскій народ точно также, как отец своих дѣтей? Международноправовая noxae deditio была бы тогда подведена под одну и ту же точку зрѣнія с частноправовой со стороны отца.

[178]) *Hartung* Relig. der Römer Bd. 2 S. 11.

Digitized by Google

о том, чтобы боги были снова примирены и удовольствованы, с тѣм чтобы самому не обратить на себя их гнѣва (ut religione civitas solvatur, Cic. pro Caec. 34). Совершалось это духовным судом — pontifices; смотря по важности погрѣшности или проступка или посредством простаго очищенія (expiatio), в особенности в случаѣ неосторожности (si imprudens erraverit), или посредством наказанія, которое могло достигать, как при весталках, смертной казни. Каждый, кто не хотѣл сам провиниться против богов, должен был прервать религіозное общеніе с виновным до совершившагося его очищенія; послѣдній был нечист, не имѣл доступа к богослуженію. К разряду этих чисто религіозных проступков принадлежали между прочим клятвопреступленіе и ложная клятва. Гражданскій правовой порядок не нарушался клятвопреступником и собраніе не имѣло никакой причины и никакого права его наказывать. Но тѣм тяжеле постигал его божественный гнѣв. Состояніе *нечестія*, в которое он его ввергал, представляло продолжающееся всю жизнь исключеніе из религіознаго общенія, он был и оставался «exsecratus», если только из особенных основаній опредѣленіе всего народа, бравшаго этим отвѣтственность на себя, не давало возможности духовному начальству снова принять его в это общеніе (resecrare) [179]).

Пропуская здѣсь без вниманія эти чисто религіозные проступки и погрѣшности, неимѣющіе для права никакого интереса, мы обращаемся к дѣйствительным преступленіям. Насколько мы можем распознать, в основаніи их всѣх лежала идея, что в одно время с человѣческим нарушен и божественный порядок и что должное совершиться над преступником наказаніе должно отомстить ему и за тот и за другой. Разгнѣванные боги должны быть умилостивлены, иначе переносят они свою злобу на все общество, ибо собраніе отвѣтствует как перед чужими народами, так и перед богами за проступки своих сочленов; если оно от них не откажется (по международному праву посредством deditio [стр. 185], религіозно посредством aquae et ignis interdictio, см. ниже), то дѣлает несправедливость своею [180]).

---

[179]) Дальнѣйшее об этом мнѣніи, которое развил *Danz*, Der sakrale Schutz (Kapitel 1), см. там же.

[180]) Потому клянущіеся, призывая на себя в случаѣ клятвопреступленія кару неба, прибавляют обыкновенно условіе в пользу общества. Festus sub voce

Digitized by Google

Наказывая преступника, осквернившаго себя своим дѣлом, оно очищает и его и само себя [181]). Вот как понимало древнѣйшее время преступленіе и наказаніе, как это пониманіе еще ясно просвѣчивает из многих слѣдов. Poena, в которой, как в греческом ποινή, хотят прежде всего видѣть деньги примиренія [181]a), этимологически указывает на идею чистоты [181]b), точно также castigatio (castum agere): incastus, incestus, грязный, очищается ею, а luere — заплатить за что, особенно также в соединеніи poenas luere, есть lavere, lavare, мыть [182]). Supplicium, смертная казнь, приводит этимологически к смягченію богов (sub-placare, supplex). Тоже самое религіозное отношеніе выступает и в самих наказаніях. Что касается смертной казни вообще, указывали на употребительныя при supplicium supplicationes (наслѣдство казненных, так сообщается [183]) нам, употреблялось для умилостивленія богов), относительно совершенія смертной казни посредством вѣшанія — на посвященное подземным богам arber infelix, относительно отсѣченія головы — на ея закутываніе, на аналогію жертвенной сѣкиры [184]) и в связь с этим приводили и человѣческія жертвы первобытнаго времени [185]). Поучителен для этого вопроса и извѣстный случай Горація. Ut caedes manifesta, говорит Ливій, aliquo tamen piaculo lueretur, imperatum

---

lapidem.... «si sciens fallo, tum' me Diespiter *salva urbe arceque* bonis ejiciat» и т. д.

[181]) Идея оскверненія и очищенія, играющая столь важную роль в восточных религіях, оказывала и в Римѣ значительное вліяніе, я напомню о censualis lustratio народа, об очищеніи дѣтей (Fest. sub lustrici), семейства покойника (Fest. sub denicales), locus *purus* в противоположность religiosus.

[181]a) *Rubino* a. a. O. S. 460: кто ее претерпѣвает, дает ее (dat, solvit, pendit), кто хочет ее причинить, требует ее (petit, expetit, exigit), кто ее совершает, принимает ее (sumit, capit, habet poenas). *Rein* Criminalrecht der Römer S. 284 хочет понимать poena только по отношенію к частному удовлетворенію.

[181]b) *Pott* Etymol. Unters. I S. 252. С этим находятся в связи: pu-rus, πῦρ (очищающее), pu-tus, pu-teus, pu-nire.

[182]) В этом первоначальном смыслѣ удержалось еще luere в lustrum, lustratio, lustricus и т. д.

[183]) Isidor. Orig. VI, 29: supplicia dicuntur supplicationes, quae fiebant de bonis passorum supplicia. Serv. ad Aen. I. 632.

[184]) Вмѣсто других назову я *E. Platner* de jure criminum Rom. p. 36 sq.

[185]) *Niebuhr* Röm. Gesch. B. 1 S. 557. *Rein* Röm. Kriminalrecht S. 34.

Digitized by Google

patri, ut filium expiaret pecunia publica. Если бы слѣдовательно убійцу постигла собственно заслуженная смертная казнь, то въ этом очищеніи не было бы надобности. Религіозное отношеніе имущественных наказаній, или вѣрнѣе конфискація *всего* имущества — ибо религіозная денежная пеня, насколько я знаю, не встрѣчается — видно изъ имени *consecratio* bonorum. Соотвѣтствующее ей свѣтское наказаніе есть publicatio bonorum. В той же мѣрѣ, как религіозное пониманіе уголовнаго права уступало мѣсто свѣтскому, теряла консекрація свою почву, и государство производило, гдѣ не противостояло никакого религіознаго сомнѣнія, имущественную конфискацію в собственном интересѣ [186]), как вѣдь равным образом оно присвоило себѣ в позднѣйшее время и sacramentum в гражданском процессѣ. И сацертет и aquae et ignis interdictio, понимать ли их согласно с господствующим мнѣніем как дѣйствительныя наказанія, или раздѣлять взгляд, который будет развит мной в послѣдующем, подтверждают, как немногіе другіе слѣды, выше высказанный взгляд о первоначальном пониманіи преступленія.

Сацертет, состояніе homo sacer, был религіозной и свѣтской опалой. Подвергнувшійся мести божества (sacer), которое он оскорбил своим преступленіем [186]a) и потому исключенный из всякаго человѣческаго общенія, лишенный в пользу этого божества своего имущества, виновный мог быть убит каждым, кто имѣл охоту. Был ли сацертет наказаніем? По моему мнѣнію нѣт. Правда, если понимать под наказаніем только примыкающее к содѣянію преступленія зло, то сацертет был конечно самым тяжелым наказаніем, которое только вообще можно себѣ представить, ибо не было зла, котораго бы он в себѣ не заключал; он дѣйствительно был глубочайшей глубью уголовнаго преслѣдованія и униженія человѣка. И враг был безправен, но у homo sacer прибавлялся еще психологическій момент: увѣренность быть омерзѣніем для богов и людей, быть предметом всеобщих проклятій и отвращенія, быть изгнанным, как зачумленный, из общества людей к полевым звѣрям, быть избѣгаемым каждым, не считающим добрым дѣлом отправить его на тот свѣт,

---

[186]) Напр. у децемвиров, Liv. III, 58: bona *publicata* sunt.

[186]a) Не просто богов, по крайней мѣрѣ обыкновенно называются опредѣленныя божества.

Digitized by Google

короче, чувство тяготѣющаго на нем проклятія и клеймо опальнаго, которое только дѣлало его положеніе тѣм, чѣм оно было. Наказаніе было, по своей выше указанной первоначальной идеѣ, не простым *злом*, но имѣло назначеніе очистить преступника, снова примирить его с богами и людьми. А сацертет, хотя бы продолжался и цѣлую долгую жизнь, никогда не приходил к такому примиряющему окончанію, человѣк умирал, как он жил, как homo sacer, непримиренный с богом и людьми; меч справедливости осквернился бы его кровью, он стоял внѣ права в такой мѣрѣ, что даже карающая власть далѣе о нем не заботилась. Сацертет поэтому не может, по моему мнѣнію, быть опредѣлен иначе, как состояніе нечестиваго, безбожнаго злодѣя, лишеннаго всякой надежды на возвращеніе в человѣческое и религіозное общеніе.

Я принял в первом изданіи этого сочиненія, что сацертет был слѣдствіем каждаго преступленія, которое разсматривалось как оскорбленіе богов. Из предъидущаго видно, что я беру назад это мнѣніе; каждое преступленіе оскорбляло богов без того, чтобы по этому преступник считался sacer. Сацертет засвидѣтельствован нам только при нѣкоторых преступленіях: при нанесеніи побоев дѣтьми родителям, при измѣнѣ патрона своему кліенту, при вырываніи межевых камней. [186]b) Если позднѣйшіе писатели относят эти случаи к законам царей, [187]) то извѣстно, что это значит; это есть форма для обозначенія весьма древняго обычнаго права. Республика в leges sacratae прибавила еще нѣсколько случаев; здѣсь сацертет был употреблен чисто как средство для политических цѣлей, а именно чтобы его угрозой обезпечить от нарушенія дарованныя плебеям уступки. [187]a).

Этот новѣйшій вид отношенія, в котором сацертет представляется наказаніем, которым угрожает законодательство, не должен обманывать нас относительно его первоначальной природы. Сацер-

---

[186]b) И миѳическій случай скачка Рема через городскую стѣну и примыкающее к этому убіеніе Рема его братом можно подвести под эту точку зрѣнія, см. стр. 246.

[187]) Матерьял источников у Dion. II, 10, 74. Serv. ad Aen. VI, 609. Fest. sub termino, plorare.

[187]a) *Festus*: *Sacratae* leges sunt, quibus sanctum est: qui quid adversus eas fecerit, sacer alicui deorum sit cum familia pecuniaque.

Digitized by Google

тет, раз существуя, мог быть употребляем законодательством, но он также мало введен им, как и инфамія, при которой происходило нѣчто подобное. Такіе институты, как сацертет и инфамія, не выдумываются законодателем, а если этот и пытается это сдѣлать, как напр. в наказаніи лишеніем національной кокарды, то претерпѣвает блестящее фіаско. Такіе институты выходят только из самого народа, так как они представляют непосредственное выраженіе нравственнаго чувства народа, обвинительный приговор, произнесенный и приведенный в исполненіе самим народом. Государственная власть имѣет в своей власти установлять самыя тяжелыя наказанія, но чего она не в состояніи сдѣлать, так это предписать народу, как он должен думать о нравственном характерѣ какого либо дѣянія.

Весь покрой сацертета указывает на то, что он вырос не на почвѣ благоустроеннаго состоянія права, но ведет свое происхожденіе из періода догосударственной жизни. Он является отрывком из первобытнаго времени индогерманских народов. Я не намѣрен рѣшать, должно ли отнести сюда греческое ἐναγής [187]b), но древнегерманская и древнескандинавская древность в лишенном мира и лѣсном бродягѣ (wargus, vargr, волкѣ, также с религіозным оттѣнком: волк в святилищѣ vargr i veum) [188]) несомнѣнно представляет нам брата римскому homo sacer. Именно эта, до сих пор, насколько я знаю, не употреблявшаяся историческая параллель имѣет неоцѣненное значеніе для вѣрнаго пониманія римскаго сацертета. Повсюду, насколько я знаю, господствует мнѣніе, [188]a) что сацертет не был непосредственным слѣдствіем преступленія, но что сперва потребно было осужденіе или по крайней мѣрѣ кон-

---

[187]b) *Schneider* Griech.-deutsch. Lexicon: «преступленіем оскверненный, проклятый, мерзкій человѣк; ἐναγής ἔστω τοῦ Ἀπόλλωνος Aesch. or. Для sacer, jure jurando obstrictus».

[188]) *Wilda* Strafrecht der Germanen Bd. 1 S. 278, 280.

[188]a) Прежняя литература у *Rein* Röm. Kriminalrecht. S. 32. Из новѣйших назову я *Marquardt*, in Beckers Handbuch der Röm. Alterth. IV S. 229 и *Mommsen* Röm. Gesch. Aufl. 4 B. 1 S. 178: «Не то, чтобы таким образом проклятый (sacer) был внѣ покровительства законов; такая, всему гражданскому порядку противорѣчащая опала встрѣчалась в Римѣ лишь исключительно как усиленіе церковной анаѳемы во время сословной распри».

Digitized by Google

статированіе факта. Так как мое противорѣчіе этому мнѣнію, высказанное в первом изданіи, прошло незамѣченным, то я вижу себя вынужденным в уваженіе того, что дѣло идет здѣсь об особенно важном пунктѣ, обосновать мое противорѣчіе болѣе подробно, чѣм это было сдѣлано тогда, и для этой цѣли именно эта параллель оказывает мнѣ важную услугу.

Она доказывает именно, что то, что считают невозможностью для римской древности — убіеніе опальнаго без приговора и права, было несомнѣнной дѣйствительностью для германской. По праву Грауганса пойманный на мѣстѣ преступленія и вслѣдствіе того подпадшій лишенію мира преступник в Исландіи мог быть без дальнѣйших разсужденій убит, точно также по древненорвежскому праву, если кто убил кого либо во время тинга (народнаго собранія) [188]b), и даже *посмѣ* преступленія Грауганс разрѣшала это умерщвленіе оскорбленному, равно как и его товарищам, а при нѣкоторых обстоятельствах и всѣм, кто имѣл о дѣлѣ точныя свѣдѣнія. [188]c) Но в чем же состояло обезпеченіе, что невинный не мог быть убит под предлогом того, что он лишился мира? Содѣлавшій должен был впослѣдствіи доказать, «что он убил человѣка, который лишился мира, что признавалось теперь еще публично, и мертвый объявлялся тогда внѣ мира». [188]d)

Развѣ то, что существовало в теченіи столѣтій в древнегерманском правѣ, было менѣе возможно в древнем Римѣ? [189]) Если ночной вор мог быть убит тотчас на мѣстѣ преступленія, почему же не сын, который поднял против отца свою руку? К чему еще производство констатированія, — выдумка, которой одарил Марквардт римскій уголовный процесс —, если дѣло совершилось пред глазами всѣх, напр.

---

[188]b) *Wilda* a. a. O. S. 283 und S. 285.

[188]c) *Wilda* S. 307, 308. Также саксонское земское право допускало против захваченнаго на мѣстѣ преступленія преступника так наз. закон Линча, т. е. граждане имѣли право составить из себя суд, произнести приговор и тотчас исполнить его. *Wilda* S. 133, 294.

[188]d) *Wilda* S. 308.

[189]) Чтобы не оставить это без примѣра даже для 19-го столѣтія, я укажу на уложеніе Даніила I, князя Черногорскаго, Вѣна 1855, которое в § 13 уполномочивает каждаго Черногорца без различія: «убивать такого измѣнника отчизнѣ и злодѣя, как скоро он *узнает*, что это измѣнник, и что он преслѣдуется правительством нашей земли».

Digitized by Google

трибуну публично было нанесено оскорбленіе? Для такого предположенія не дает древнѣйшее право ни малѣйшей точки опоры; гдѣ факт предлежит ясен и несомнѣнен, он не требует никакой дальнѣйшей процедуры (стр. 107). Гдѣ дѣло идет о простом констатированіи сомнительных фактов, древнѣйшее право, как извѣстно, избирает форму sponsio praejudicialis перед третейским судьей — о какой либо другой формѣ мы ничего не знаем. Пусть представят себѣ теперь эту форму в ея примѣненіи к напослѣдок названному случаю, и пусть прибавят еще вторую мѣру, которую названный писатель считает необходимой, а именно консекрацію виновнаго pontifex'ом maximus, [189]a) чтобы самому отвѣтить себѣ на вопрос, придал ли бы самый невинный и довѣрчивый плебей самую малѣйшую цѣну обусловленной столькими оговорками и защищаемой патриційским судьей и патриційским pontifex'ом неприкосновенности своих трибунов. Патриціи основательно отбили у плебеев охоту вѣрить в безпристрастіе своей юстиціи! Кто мог бы принудить pontifex'a maximus, если он откладывал консекрацію виновнаго с одного мѣсяца на другой? И к кому бы было прибѣгнуть за помощью против приговора судьи, который с извѣстной патриційской дерзостью объявлял явный факт недоказанным, или, если для цѣли этого констатированія должно было состояться народное собраніе, кто мог бы принудить должностное лицо к его созванію? Короче, все это мнѣніе по отношенію к leges sacratae страдает столь очевидной внутренней невозможностью, что плебеи должны были бы быть дѣтьми, чтобы позволить обнадежить себя попустому такой неприкосновенностью своих трибунов. Именно на том, что не требовалось никакой формальности и никакого содѣйствія патриціев, чтобы поразить одного из их среды, который провинился против основных прав плебса, именно на том основывалось значеніе leges sacratae. [189]b)

---

[189]a) a. a. O. S. 229: «Pontifex'у maximus, который взял трибунов под свое покровительство (а именно объявив их поставленной под покровительство богов potestas in comitiis) должно было принадлежать и соблюденіе этого покровительства.» Плебеи едва ли поняли бы необходимость этого заключенія.

[189]b) Это, как нельзя было иначе и ожидать, вѣрно признано и *Mommsen*'ом (Note 18a).

Digitized by Google

Если мы обратим теперь наше вниманіе на положительныя свидѣтельства за то и за другое мнѣніе, то Dio Cassius (53,17) ясно свидѣтельствует, что убить homo sacer можно было без приговора и права (ἄκριτον), между тѣм как Dionysius (II 10) представляет себѣ дѣло повидимому иначе. [190]) Самую вѣрную точку опоры имѣем мы в правовой формулѣ угрозы сацертетом. Во всѣх мнимых или настоящих законах, которые сообщают нам позднѣйшіе писатели, гласит она о *непосредственном* наступленіи сацертета вслѣд за преступленіем: si fecerit, sacer esto, или leges eum, qui fecerit, sacrum esse jubent. [190]a) Юристу извѣстно, что это значит, но для филолога, который мог бы не оцѣнить по достоинству вѣса этою, на согласном образѣ рѣчи всѣх римских законов и юристов построеннаго доказательства, не будет излишним поставить его поразительным примѣром в надлежащее освѣщеніе. Я заимствую примѣр из инфаміи, в извѣстном смыслѣ столь близко родственной сацертету. Преторскій эдикт соединил наступленіе ея отчасти с простым совершеніем дѣянія, отчасти с судебным осужденіем на основаніи послѣдняго. Там значилось — qui fecerit, здѣсь — qui condemnatus, udicatus fuerit, infamia notatur, там слѣдовательно наступала она без судейскаго приговора, здѣсь только вслѣдствіе его. Дѣйствительно ли совершилось преступленіе, могло в первом случаѣ быть столь же сомнительным, как и при сацертетѣ, и было возможно,

---

[190]) ἐξελεγχθείη может означать простой нотаріат, напротив ἁλόντα, кажется, указывает на судебное производство. Каким образом хочет *Марквардт* согласить мѣсто из Festus sub sacer mons, на которое он ссылается: at homo sacer est is, quem populus *judicavit* ob maleficium, с своим мнѣніем, которое прямо исключает дѣйствительное произнесеніе приговора со стороны народа, мнѣ неясно. Тѣ, которые хотят принимать здѣсь judicare в собственном смыслѣ, как напр. *Danz*, Der sakrale Schutz, S. 51, кажется о том и не подумали, что они этим без оговорок, слѣдовательно уже и для времени царей, приписывают народу уголовносудебную власть. С моим взглядом, по которому сацертет в дѣйствительности был родом суда Линча, отлично примиряется выраженіе *populus judicavit*. Так объясняется то, что Festus употребляет populus вмѣсто comitia и judicare вмѣсто condemnare.

[190]a) Так в мнимых царских законах: 1. Serv. ad Virg. Aen. VI. 609 (patronus); 2 и 3 Fest. plorare (nurus; puer); 4. Fest. aliuta; 5. Fest. termino. Точно также в leges sacratae республики, Fest. sacratae leges и sacer mons (qui eo plebiscito sacer sit). Liv. II, 33, III, 55, см. также X, 38.

Digitized by Google

что вопрос дѣлался предметом судейскаго изслѣдованія. Но если судья утвердительно отвѣчал на вопрос, то инфамія, также как и сацертет, не наступала только вслѣдствіе судейскаго приговора, но послѣдній только признавал то, что уже давно существовало (отсюда «qui *eo plebiscito* sacer sit» прим. [190]a): другими словами он имѣл не учредительное, но объявительное дѣйствіе.

В нѣкоторых из leges sacratae была еще прабавлена оговорка: si quis eum, qui eo plebiscito sacer sit, occiderit, parricida ne sit, [190]b) или qui creasset, eum jus fasque esset occidi neve ea caedes capitalis noxae haberetur, [190]c) оговорка непостижимая, если принять, что народ в каждом отдѣльном случаѣ сперва объявлял виновнаго внѣ покровительства законов, ибо вѣдь понималось само собой, что кто вслѣдствіи лежащаго в этом полномочія убил преступника, тот не мог быть привлечен к суду за убійство. Смысл имѣла эта формула только при том предположеніи, что каждый был волен без приговора и права умертвить преступника.

Но мнѣ укажут на ужасную опасность, которая навлекалась на голову каждаго, кто навлекал на себя подозрѣніе в совершеніи наказываемаго сацертетом дѣйствія. Я выше (стр. 242) уже отвѣтил на это по отношенію к лишенному мира в германском правѣ. Цѣной собственной головы можно и в настоящее время убить другаго, а эту цѣну и в Римѣ, как и в германской древности, ставил на ставку каждый, кто убивал мнимаго homo sacer или лишеннаго мира. Не мог он в начатом против него вслѣд за этим обвиненіи в убійствѣ привести доказательство вины убитаго, то он отвѣтствовал своей собственной головой; приводил он его, он выходил свободным. По оспариваемому мной мнѣнію он должен был бы и в послѣднем случаѣ быть осужден и казнен, так как убил человѣка, который еще не был homo sacer. Этот жребій должен был напр. постигнуть того, кто защитил отца от дурнаго обращенія со стороны его сына и убил при этом послѣдняго — правосудіе, на которое древній Римлянин едва ли бы дал потребное согласіе.

К приведенным до сих пор историческим свидѣтельствам за защищаемое мной мнѣніе присоединяет римскій миѳ еще новое в

---

[190]b) Fest. *Lege prima tribunitia* cavetur: si quis и т. д.

[190]c) Lex. Val. Hor. Liv. III, 55.

Digitized by Google

братоубійствѣ Ромула. Рем перепрыгнул в насмѣшку чрез проведенную его братом стѣну, и Ромул убил его на дѣлѣ. Почему? Подобно тому, как границы полей, стояли и границы города под божественным покровительством [191]); кто оскорблял их, дѣлался homo sacer, и преданіе [191]a), заставив перваго homo sacer в Римѣ погибнуть от руки брата, не имѣло намѣренія наложить пятно на героя, основавшаго Рим, но на оборот хотѣло прославить его тѣм, что он не пощадил даже роднаго брата там, гдѣ дѣло шло о поддержаніи божественнаго порядка. Ромул, убившій брата, подходит под пару Бруту, повелѣвающему казнить своих дѣтей: право в Римѣ имѣет первенство пред братской и отцовской любовью. По противоположному мнѣнію Ромул был бы убійцей, он должен был бы, прежде чѣм убить своего брата, сперва объявить его homo sacer!

Совершенно в таком же положеніи, в каком находился сацертет, находилось и изгнаніе. И оно было, хотя и тяжким злом, однако не наказаніем [191]b), а средством уйти от наказанія, которое, как извѣстно, Римляне оставляли открытым обвиненному до его осужденія. Чтобы освободить собраніе от всякой отвѣтственности пред богами, потребно было с его стороны опредѣленіе, которым бы оно отказывалось от всякой общности с преступником. Таковым была aquae et ignis interdictio. Послѣдняя была не только политическим изгнаніем, но имѣла и религіозное отношеніе, в ней проявлялась забота о поддержаніи чистоты общества чрез очищеніе его от не чистых элементов. Ибо огонь [192]) и вода суть символы чистоты и без них не может

---

[191]) Подробности см. у *Schwegler* Röm. Gesch. I S. 389. Note 15.

[191]a) *Schwegler*, a. a. O. S. 438 с полным правом причисляет и его к этіологическим миѳам. «Оно было, как и сказаніе о похищеніи Сабинянок, миѳологическим обоснованіем существующаго, а именно весьма древняго правоваго положенія, что оскорбленіе освященной городской стѣны наказуется смертью. Это постановленіе — святость городских стѣн и наказуемость их оскорбленія — не могло быть рѣзче и с бо́льшим удареніем высказано, чѣм когда было разсказано, что основатель города, для примѣра всему послѣдующему времени, за такое оскорбленіе убил своего собственнаго брата».

[191]b) (212) Cic. pro Caec. c. 34. Exilium enim non supplicium est, sed perfugium portusque supplicii. Nam qui volunt poenam subterfugere aut aliquam calamitatem, eo solum vertunt etc.

[192]) (201) Так объясняется совпаденіе πῦρ и огня с purus, чистый, exfir, средство очищенія (Festus h. v.), februare, чистить, очищать.

Digitized by Google

обойтись ни один акт, долженствующій изобразить или основать религіозную общность, напр. жертва, соединяющая бога и людей, заключеніе брака, союза и т. д. [192]a). Слѣдовательно не как в необходимых для жизни элементах, как говорят обыкновенно, отказывается в них дома бѣжавшему преступнику, но с ними, как с символами чистаго общества, которые преступник осквернил бы дальнѣйшим употребленіем, отнимается у него участіе в обществѣ.

Покидая теперь религію с ея воздѣйствіем на уголовное право, упомянем в заключеніе еще о том смягчающем вліяніи, которое она при различных случаях оказывала на строгость наказанія. Римскіе боги, мстя одной рукой за обиды, которыя им наносились, простирали другую с защитой над преслѣдуемыми и беззащитными. Существовали священныя мѣста и времена, гдѣ и когда отдыхали преслѣдованіе и наказаніе. От гнѣва главы дома подчиненные спасались у домашняго алтаря, от мести оскорбленнаго виновный спасался в храмѣ или в убѣжищѣ (азилѣ). К идеѣ убѣжища примыкает возникновеніе Рима, и хотя убѣжище является здѣсь средством для политических цѣлей, но все же это религія дѣлает его неприкосновенным [193]). Во время лектистерній, когда успокоивались ненависть и ссоры, с плѣнников снимали оковы и считали дѣлом, противным совѣсти, их снова потом налагать [193]a). Во время сатурналій, праздника бога, подававшаго благодать и благосостояніе, допускали и рабов и преступников принимать участіе во всеобщей радости. Тѣ временно вкушали счастіе свободы, этих навсегда разрѣшали от их цѣпей, которыя они обыкновенно приносили в дар богу, освободившему их [193]b) из них. Если жрец Юпитера (flamen dialis) вступал в дом, в котором на-

---

[192]a) (202) См. *Hartung* Religion der Römer Thl. 1 S. 198 flg. *Pellegrino* Andeutung über den ursprünglichen Religionsunterschied der Patricier und Plebejer S. 27 flg. Serv. ad Virg. Aen. IV, 103: aqua et igne adhibitis и XII, 110: Sane ad facienda foedera aqua et ignis adhibentur. Festus sub voc. facem и aqua.

[193]) (213) *Hartung* Relig. der Römer B. 2 S. 57.

[193]a) (214) Liv. V, 13... jurgiis ac litibus temperatum; vinctis quoque demta in eos dies vincula; religioni deinde fuisse, *quibus eam opem Dii* tulissent, vinciri.

[193]b) (215) *Hartung* a. a. O. II. S. 125, 126.

Digitized by Google

ходился скованный, то Fas требовало снять с него его оковы и выбросить их через крышу из дома. Если ведшійся на бичеваніе встрѣчал этого жреца и падал к его ногам, то экзекуція должна была быть отмѣнена [194]). Так нарушала религія вѣроятно еще во многих случаях суровый порядок права и гражданской жизни, и таким образом и в холодный мір римскаго права западает отраженный от образа богов теплый солнечный луч человѣческаго чувства.

Частное право и гражданскій процесс, к которым мы теперь обращаемся, были по своей природѣ несравненно менѣе доступны воздѣйствіям религіи, чѣм публичное и уголовное право. Ибо, за исключеніем семейства, отношенія частнаго права имѣют чисто прозаическій и свѣтскій характер. Вопросы о том, что мое и твое, о собственности и долговых требованіях, не имѣют сами по себѣ никакого отношенія к богам и только посредственно, на сколько лежало на имуществѣ бремя sacra, религіозный интерес производил воздѣйствіе на имущественное право [194]a). Чрез посредство присяги могли конечно и эти отношенія получить религіозное отношеніе и вслѣдствіе этого подпасть под духовный суд (§ 18[a]).

Таким образом остается нам в сущности только семейство и дом. Описывать религіозную жизнь внутри дома, как она образовалась по обычаю и сообразно с предписаніями религіи, не принадлежит к нашей задачѣ. Мы отказываемся указать на то, как мысль о богах проникала в древнѣйшее время всю жизнь семейства, как дом преобразовался в жилище богов, очаг — в их алтарь, как молитва, благодареніе, жертва, обѣт, очищеніе, ауспиціи при всѣх важных случаях домашней и хозяйственной жизни, при рожденіи и смерти, болѣзни и выздоровленіи, жатвѣ и посѣвѣ, поддерживали главу дома и всѣх его домашних в непрерывной связи с богами. Это принадлежит римскому *обычаю*, а не *праву*.

---

[194]) (216) Gell. X, 15.

[194]a) Об отношеніи патрона к кліенту и о пограничном (межевом) правѣ упомянуто уже по поводу homo sacer. Кромѣ того в примѣр требованій, имѣющих религіозное отношеніе, (Gaj. IV, 28) можно было бы привести развѣ еще legis act. per pignoris capionem.

Digitized by Google

Напротив того праву принадлежит, слѣдовательно имѣет правовой характер *домашній мир*, обезпеченная Fas'ом неприкосновенность римскаго дома (II § 32 a. A.) и возникновеніе и прекращеніе домашняго быта. Когда в древнѣйшее время муж вводил в свой дом жену, то соблюденіе употребительных при этом обрядов было не только, как впослѣдствіи, дѣлом обычая, но и дѣлом права. Это есть древнѣйшая священная форма заключенія брака — confarreatio. Pontifex maximus и flamen dialis должны при этом присутствовать, и союз должен быть запечатлѣн торжественной жертвой. Прекращеніе самостоятельнаго хозяйства вступленіем в чужое семейство (arrogatio) требовало содѣйствія коллегіи пентифексов, напротив того усыновленіе чужаго ребенка, насколько мы знаем, было чисто свѣтским актом; домашнее богослуженіе (sacra), покоившееся на плечах paterfamilias, а не дитяти, не было этим нарушаемо. Также смерть paterfamilias и вызванное этим нарушеніе предшествовавшаго религіознаго общенія снова побуждали эту же коллегію принять надлежащія мѣры. Ученіе jus pontificium заключило в твердыя постановленія то, что̀ должно было при этом совершаться и как должны были регулироваться sacra; на этом основаніи привлекалась коллегія и при совершеніи завѣщанія (in comitiis calatis), чтобы с самаго начала охранять религіозный интерес. Точно также и погребеніе, прежде всего предмет религіознаго обычая, могло привести к вопросам права (actio funeraria, стр. 252).

Весьма вліятельное воздѣйствіе на отношенія частнаго права и в тоже время на гражданскій процесс производил Fas'ом освященный порядок *времени* и послѣдовательным образом надзору понтифексов ввѣренный *календарь* [194]b). Воскресный порядок, если можно употребить это новѣйшее выраженіе, т. е. опредѣленіе того, что можно и чего нельзя дѣлать в праздничные дни, нигдѣ быть может не был выработан до такой мелочности и нигдѣ так строго не соблюдался, как в древнем Римѣ. Но это уже приводит нас к понтифексам.

Предлежащее изложеніе, имѣвшее предметом непосредственное вліяніе *религіи*, по отношенію к частному праву и процессу нуждается

---

[194]b) О другом предполагаемом воздѣйствіи религіи на древнѣйшій процесс см. II S. 675 ff.

Digitized by Google

в существенном дополненіи, на столько именно, насколько оно должно упомянуть и о вліяніи, которое духовная должность понтифексов оказала на первое и на послѣдній. Это вліяніе простиралось несравненно далѣе, чѣм религія.

Коллегія понтифексов. — Ея компетенція в вопросах Fas. — Расширеніе ея дѣятельности. — Добровольная и тяжебная юрисдикція. — Legis actio sacramento = форма процесса в духовном судѣ.

> Omnium tamen harum legum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis.
>
> Pomponius, I. 2 § 6 de O. J. (1. 2).

XVIIIa) Три рода духовных должностных лиц знает римская древность, учрежденіе которых приписывается Румулу, Нумѣ и Анку Марцію, т. е. первобытному времени: коллегію авгуров, коллегію понтифексов и коллегію феціалов. Хотя свѣтским должностным лицам всегда оставались присущи необходимыя религіозныя функціи их должности, как напр. ауспиціи и жертвы, но сомнѣнія, спорные случаи, проступки против религіознаго порядка и т. д. попали исключительно в вѣдѣніе этих духовных должностных лиц [195]). Их первоначальная функція могла быть болѣе совѣщательнаго характера, но, как весьма часто случается, и здѣсь мнѣніе скоро получило авторитет судейскаго приговора. Только коллегія понтифексов имѣет ближайшій интерес для наших цѣлей и мы попытаемся в послѣдующем начертать образ ея дѣятельности и ея положенія по отношенію к правовой жизни [195]a). Мы можем назвать ее духовным судом и

---

[195]) (165) Относительно pontifices это достаточно извѣстно, относительно феціалов я могу указать на каждое сочиненіе, в котором они затрогиваются, напр. *Rubino*, Untersuchungen über römische Verf. S. 170 flg. (торжественная формула у Livius I, 32 ясно ссылается на Fas: audiat fas), относительно авгуров упоминают источники о многих рѣшеніях, касающихся Fas, напр. извѣстный Атта Навія (Livius I, 36) и другія (*Rubino* S. 219, 220).

[195]a) Со стороны техники я впослѣдствіи (II, § 42) снова ворочусь к понтифексам. Здѣсь предстоит нам имѣть дѣло только с экстензивной областью их дѣятельности.

Digitized by Google

нам, если мы напомним этим названіем о духовных судах средних вѣков, отнюдь нѣт надобности уклоняться от болѣе близкаго сравненія обоих. В самом дѣлѣ поразительное явленіе, что почти тѣ же гражданскоправовыя ученія, на которых пробовал свои силы в средніе вѣка summus Pontifex новѣйшаго Рима и примѣненіе которых досталось на долю духовным судам, уже болѣе чѣм за тысячу лѣт назад были ввѣрены заботѣ древнеримскаго Pontifex maximus [195]b) и, найдя свою выработку в практикѣ коллегіи понтифексов — относительным образом духовных судов, — перешли с самим процессом в свѣтскіе суды своего времени. Fas древняго Рима есть jus canonicum позднѣйшаго; и в то и в другое время существовало jus utrumque, в котором как духовные, так и свѣтскіе судьи должны были быть свѣдущи. К jus pontificium, qua ex parte cum jure civili conjunctum esset (Cic. Brut. c. 42) принадлежало, как замѣтил *Рубино* [196]), в особенности семейное право, и еще в пандектах находятся слѣды юриспруденціи понтифексов. «Законно ли совершен брак — предоставим говорить самому *Рубино*, — не преступили ли при этом запрещенія брака, существовали ли законныя отношенія отеческой власти и родства, имѣло столько же вліянія на обязанность траура, совершенія sacra, искупленія кровосмѣшенія, как и на гражданскія отношенія. Подобное же должно было встрѣчаться и в вещном правѣ, напр. при вопросах собственности, как скоро дѣло шло о различеніи священных мѣст от частных земель, в особенности же при наслѣдствах по причинѣ связанных с ними sacra и во многих других случаях. Отсюда должно было возникнуть такого рода взаимное дѣйствіе, что принятыя в одном мѣстѣ правила не могли быть оставлены без вниманія в другом; однако же можно предполагать, что в древнѣйшія времена перевѣс при этом склонялся на сторону жрецов, уже по причинѣ их обширной учености».

Но вліяніе понтифексов на гражданское право было конечно

---

[195]b) (166) Это были именно ученія о бракѣ, степенях родства как препятствіях к браку, траурном годѣ, присягѣ, Votum, завѣщаніях. И забота о календарѣ принадлежит обоим.

[196]) (167) *Rubino* a. a. O. S. 218, насколько я знаю, впервые возбудил вопрос о связи между jus civile и jus pontificium и показал ее на отдѣльных пунктах. *Hüllmanns* «Jus pontificium der Römer» мало подвинуло дѣло с той стороны, с которой оно нас здѣсь интересует.

Digitized by Google

еще непосредственнѣе, чѣм это здѣсь принято; вѣроятно существовали иски и притязанія, которые, как в средніе вѣка, первоначально могли быть вчиняемы только в духовном судѣ [197]), другіе, хотя могли быть вносимы и в свѣтскій суд, однако предполагали сперва разрѣшеніе коллегіей понтифексов предварительнаго вопроса Fas'a. Кромѣ приведенных уже Рубино и в примѣчаніи примѣров я назову как такія ученія, которыя обязаны духовному праву своей выработкой, еще ученіе о времени [198]), о pignoris capio [199]), о votum [200]), сами Римляне называют также usucapio pro herede. При нѣкоторых правовых сдѣлках, как напр. при заключеніи брака чрез confarreatio, при arrogatio и testamentum in comitiis calatis происходило, как уже было замѣчено (§ 18), привлеченіе Pontifex'a maximus или всей коллегіи и этим давалась духовной юриспруденціи возможность влiять на теорію этих правовых сдѣлок [201]). Также на выработку уголовнаго права она должна была оказать

---

[197]) (168) Это принял бы я напр. относительно притязаній, касавшихся кладбищ, и в особенности слѣдовательно относительно actio funeraria (перенесенной впослѣдствіи в эдикт претора, но по всему своему строенію несомнѣнно возникшей не под вліяніем гражданскоправовых идей), относительно legis actio sacramento см. ниже. Еще во времена Папиніана наслѣдник мог быть принужден коллегіей понтифексов к возведенію монумента, которое завѣщатель в своем завѣщаніи вмѣнил ему в обязанность, I, 50 § 1 de her. pet. (5. 3)..... tamen Principali vel Pontificali autoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis. Что jura sepulchrorum оставались за indignus, у котораго было отнято наслѣдство (I. 33 de relig. 11. 7) и за suus hères, который от него отказывался (I. 6 ibid.), было противно послѣдовательности гражданскаго права, и я приписал бы это положеніе вліянію духовнаго права.

[198]) (169) Прежде всего computatio civilis, о примѣненіи которой к основанію manus посредством usus Gellius III, 2 сообщает приговор понтифекса Quint. Mucius, високосный, прибавочный день и т. д.

[199]) (170) Насколько она имѣла отношеніе к духовному праву. XII таблиц признавали ее в этом направленіи. Gajus IV § 28.

[200]) (171) Когда должностное лицо или народ давали votum, то обыкновенно Pontifex maximus подсказывал формулу, Liv. XXXI, 9. XXXVI, 2. XLI, 21. Valerius Maximus VIII, 13, 2 хвалит Метелла за то, что он senex admodum pont. max. creatus tutelam caeremoniarum per duos et viginti annos neque ore in votis nuncupandis haesitante..... gessit. См. Brissonius de vocibus ac formul. I cap. 128.

[201]) (172) *Rubino* S. 213 замѣчает с полным правом, что при этом дѣло шло не исключительно, или только преимущественно о sacra.

Digitized by Google

вліяніе, ибо из книг понтифексов извѣстно было позднѣйшему времени, что при царях существовала провокація к народу относительно назначенных послѣдними наказаній, а без практическаго побужденія эти книги не сдѣлали бы этой замѣтки. Коллегія понтифексов должна была слѣдовательно неизвѣстным для нас образом привлекаться при провокаціи, и религіозный характер древнѣйшаго уголовнаго права дѣлает вѣроятным, что это содѣйствіе не ограничивалось только случаем провокаціи. Ограничивалась ли самостоятельная карающая власть понтифексов преступленіями, совершенными духовными лицами против религіи, еще спорно [202]). Если соблазнитель весталки наказывается ими смертью [203]), то уже один этот примѣр дѣлает вѣроятным дальнѣйшее расширеніе их карающей власти.

Но по согласным показаніям позднѣйших писателей [204]) вліяніе понтифексов в древнее время отнюдь не ограничивалось только что обозначенной областью предметов, напротив того оно должно быть простиралось на все право и гражданскій процесс. Искусство толковать законы и депо для формул legis actiones, повѣствует один, находилось в первое столѣтіе республики исключительно у коллегіи понтифексов, и каждый год выбирался один член ея для этой вѣтви должностной дѣятельности. Другой извѣщает, что гражданское право находилось цѣлыя столѣтія в оковах религіи и было извѣстно исключительно понтифексам, и это послѣднее извѣстіе принимает в другом мѣстѣ даже такой вид, что понтифексы намѣренно дѣлали из права тайну. Если наша теперешняя критика не хочет давать этому извѣстію никакой вѣры, то она конечно вполнѣ в своем правѣ, объявляя немыслимым, чтобы право из общаго достоянія народа сдѣлалось тайным ученіем понтифексов. Но с другой стороны она заходит слишком далеко, желая свести это извѣстіе только на то, что формулы для правовых сдѣлок преимущественно хранились у понтифексов [204]а).

---

[202]) (173) *Geib* Geschichte des röm. Criminalprozesses S. 74 u. flg. защищает в противорѣчіе с ходячим мнѣніем ограниченіе означенным в текстѣ весьма тѣсным кругом.

[203]) (174) Livius XXII, 5, 7.

[204]) (175) напр. Pomponius в I. 2 § 6 de orig. jur. (1. 2). Valer. Max. II. 5 § 2. Также Livius IX, 46 говорит о jus civile repositum in penetralibus pontificum.

[204]а) (176) *Rubino* a. a. O. S. 225.

Digitized by Google

Слѣдующее в моих глазах во всяком случаѣ ясно: понтифексы должны были в древнее время оказывать весьма рѣшительное вліяніе на гражданское право и процесс — как могло иначе образоваться это преданіе? — и они должны были, чтобы это мочь, стоять в *практическом* отношеніи к судебному производству и судебной расправѣ — так как было бы неслыханным в исторіи фактом, чтобы учрежденіе, практически не имѣющее никакого дѣла до отношенія, должно было бы выработать для него руководящія правила и формы и могло бы дать им силу в спеціально на это поставленном учрежденіи [205]). Дѣло идет о том, чтобы отыскать точки опоры для практической дѣятельности понтифексов, объяснить, каким образом послѣдніе, не получив от государства довѣренности на отправленіе права, всетаки путем произвольнаго привлеченія себя к нему могли получить то выдающееся участіе.

Римская жизнь знала три формы, в которых каждый свѣдущій в правѣ мог употребить свои знанія и свое искусство на пользу публики: должность составителя и писца судебных документов («cavere и scribere»), должность консультанта («respondere») и должность третейскаго судьи (receptum arbitri). Что понтифексы для первой должности были в древнѣйшее время способны как мало кто другой, не нуждается и в замѣчаніи. Люди пера и слова, принужденные и привыкшіе со всей рачительностью и осторожностью сочинять различные документы и формулы, к составленію которых давало им непосредственный повод их духовное званіе, в совершенствѣ знавшіе правила духовнаго права, которыя вторгались в столь многія гражданскія правовыя сдѣлки, они были для древняго Рима тѣм же, чѣм духовные бывали повсюду на подобной ступени культуры — прирожденными каллиграфами и нотаріусами націи. Но с составленіем и сочиненіем подобных правовых документов в отдѣльном случаѣ идет в интересѣ облегченія работы рука об руку выдѣлка и собираніе постоянных формул, и если знают, какое глубоко проникающее вліяніе произвели эти собранія на формальное и матерьяльное образованіе римскаго права (II § 36), то не

---

[205]) Левиты у Израильскаго народа и судья в Исландіи (*Dahlmann* Gesch. von Dänemark II, S. 192, *K. Maurer* in der Münchner Krit. Vierteljahrsschrift VII S. 62) не составляют из этого исключенія.

Digitized by Google

будут сомнѣваться в том, что эта нотаріальная практика, если назвать ее так, должна была открыть понтифексам богатый источник вліянія на гражданское право, как и в самом дѣлѣ послѣднее повсюду выдает руку понтифекса (II § 42).

К этой первой дѣятельности естественно примыкают обѣ другія. Кто был бы при спорѣ о смыслѣ документа болѣе годен дать вожделѣнное объясненіе, как не лицо, которое его составило? Respondere во многих случаях было ничѣм иным, как объясненіем и дополненіем scribere. И даже совершенно независимо от этого, сколько существовало вопросов и отношеній, вѣрное рѣшеніе которых по причинѣ их посредственнаго отношенія к религіи могли дать только понтифексы. Теперь надо только представить себѣ эти самые вопросы и отношенія предметом правоваго спора и вспомнить о первоначальном положеніи и задачѣ судьи как довѣреннаго лица, к которому обѣ стороны обратились с просьбой о его правовом мнѣніи (стр. 145), чтобы быть увѣренным, что стороны во многих случаях не могли сдѣлать ничего лучшаго, как избрать понтифекса третейским судьей. Служебное положеніе его влекло за собой то, что он должен был получить позволеніе своего начальника или коллегіи, ибо обремененіе подобными порученіями могло быть вредно для службы. Но с другой стороны отнюдь не в интересѣ коллегіи было отвергать подобныя порученія; они предлагали весьма цѣнное и вполнѣ достойное средство возвысить вліяніе коллегіи и уваженіе к ней, и в тоже время можно было пользоваться ими как источниками денег для церковнаго фонда. Было не болѣе, как справедливо, чтобы боги были вознаграждаемы за то время, которое понтифекс отнимал от служенія им и посвящал спорящим сторонам. Это производилось уплатой проигравшей стороной sacramentum; надежности ради оно должно было вноситься обѣими сторонами до начала процесса у pons sublicius [206]); побѣдившая сторона получала свой обратно. Один член кол-

[206]) Это было тѣм мѣстом, от котораго сами Римляне производят имя pontifices, Varro de L. L. V. § 83; правильно или неправильно — все равно, во всяком случаѣ отношеніе sacramentum к pontifices этим констатировано. Об употребленіи его для религіозных цѣлей см. Fest. sub sacramentum.

Digitized by Google

легіи ежегодно назначался для этой вѣтви дѣловой дѣятельности [207]).

Т. о. коллегія понтифексов сдѣлала вышеупомянутое отношеніе из простаго частнаго дѣла отдѣльнаго понтифекса своим дѣлом и приняла должность третейскаго судьи в организм своей должностной дѣятельности. С этим явилась сама собой необходимость постановить извѣстныя правила и формы производства, и нам ясно засвидѣтельствовано, что депо формул древнѣйшаго процесса находилось при этом учрежденіи [207a]), legis actiones исчисляются между monumenta pontificum [208]). Древнѣйшій римскій процесс был твореніем pontifices, или, точнѣе, он был ничѣм иным, как процессом в духовном третейском судѣ. Ибо судом или судилищем мы имѣем полное право его назвать. Если это судилище и не имѣло опредѣленной компетенціи, то всетаки оно было постоянным, спеціально для рѣшенія правовых споров устроенным учрежденіем и не надо даже перечислять тѣх многих благопріятных обстоятельств, которыя на нем соединились, чтобы сдѣлать понятным, что фактически оно совершенно занимало мѣсто поставленнаго от государства суда.

Но этим чисто фактическим положеніем этого судилища было дано и то, что оно, как достигнуло его, так могло и снова его потерять, не требуя для этого акта законодательной власти. Господствующее вліяніе духовенства внѣ церковной и религіозной сферы, как бы ни оправдывалось оно для извѣстной ступени развитія, всетаки проходит вмѣстѣ с послѣдней; и понтифексы не избѣгли этого опыта. Legis actio sacramento в том видѣ, как ее описывает Gajus, происходит уже не пред духовным судом, но пред претором. Послѣдній велит назначать себѣ поручителей для sacramentum, но само sacramentum достается казнѣ [208a]). Если эту legis actio, как это обыкновенно случается, представят себѣ первоначальной формой процесса в свѣт-

---

[207]) Pomponius в I. 2 § 6 de O. J. (1. 2) ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis.

[207]a) I. 2 § 6 cit.

[208]) Val. Prob. de notis antiq. § 1 и 4. Cic. de orat. I, 43.

[208]a) Gaj. IV, 16..... in publicum cedebat; о том, чтобы раньше было иначе, он ничего не знает.

Digitized by Google

ском судѣ, то точно также трудно понять, почему с самого начала не отдавали sacramentum казнѣ, как и то, как осмѣлились, ежели сообразно с государственным устройством этот доход был предоставлен богам, впослѣдствіи снова отнять его у них. Это было бы грабежом того, что принадлежало богам. Если же напротив понимать дѣло развитым мною образом, то и то и другое объясняется самым удовлетворительным образом. Судебныя издержки принадлежали духовному фонду, когда и как долго давал рѣшеніе духовный судья, свѣтскому фонду, как скоро свѣтскій. С таким же правом, с каким стороны прежде особенно охотно избирали в посредники духовнаго судью, могли они, как скоро предпочитали это, избирать свѣтскаго. Перемѣна, происшедшая в этом направленіи, была чисто дѣлом обычая, у духовнаго суда юридически этим ничего не отнималось. То, что производство, которое в нем выработалось и было испытано, вмѣстѣ с касающимися до него формулами и правилами было перенесено в свѣтскій суд, и что legis actio sacramento было оставлено ея прежнее названіе, хотя оно теперь уже болѣе не подходило, совершенно соотвѣтствует римской манерѣ.

В предъидущем изложенное мнѣніе согласуется с развитым мною в первом изданіи в том, что оно приписывает понтифексам образованіе древнѣйшаго римскаго процесса и видит в legis actio sacramento процессопроизводство пред духовным судом; и в вѣрности этого взгляда я все еще убѣжден в такой степени, что не понимаю, как хотят помимо его объяснить повсюду выступающее отношеніе древнѣйшаго судопроизводства к понтифексам. На вопрос же напротив: как могли понтифексы достичь обладанія судебной расправой по гражданским дѣлам, отвѣчал я прежде другим образом. Между тѣм как давича я дал на него отвѣт :чрез посредство добровольнаго соглашенія сторон, в первом изданіи я приводил для объясненія присягу. По всѣм, клятвою утвержденным договорам, думал я, иск, как в средніе вѣка, вчинялся в духовном судѣ, и так как стороны имѣли в своей власти приложить клятву и к неутвержденному клятвенно с самаго начала отношенію, то онѣ могли этим во всякое время

Digitized by Google

установить подсудность духовному суду. Против внутренней вѣроятности этого мнѣнія едва ли будет сильно противорѣчить тот, кто знает развитіе духовной судебной власти в средніе вѣка [208]b), и примет в разсчет широкое примѣненіе, которое клятва находила в процессѣ у прочих индогерманских народов [209]). Напротив того внѣшнее обоснованіе, которое я пытался дать моему мнѣнію, было весьма недостаточно и даже та ученость и остроуміе, которыя израсходовал впослѣдствіи *Дани* [209]a), чтобы его далѣе развить и защитить, не могли, за исключеніем нѣскольких согласных [209]b), склонить в его пользу всеобщаго мнѣнія [209]c). И я сам между тѣм стал в этом очень сомнѣваться. Цѣль моей книги исключает подробную оцѣнку за и против. Однако с другой стороны я не считаю себя в правѣ по отношенію к идеѣ, которая впервые высказана

---

[208]b) Также в Англіи; см. *Gundermann* Engl. Civilr. I S. 105: «Наконец церковные суды со времени короля Стефана судили и за нарушенія договоров pro laesione fidei, так как здѣсь видѣли поступок против совѣсти, слѣдовательно духовный проступок.

[209]) Кромѣ Consacramentalen нѣмецкаго права я укажу вмѣстѣ с *Danz*'ом Jahrb. des gemeinen Rechts V S. 89 fl. на аттическій процесс, к чему еще надо прибавить Крит, гдѣ по Plato leg XII, 4 Rhadamantus будто бы опредѣлил, чтобы всѣ процессы рѣшались клятвой.

[209]a) *Danz* Der sakrale Schutz im römischen Rechtsverkehr, Jena 1857. S. 181 fl. Ежели он говорит в названном в предъидущем примѣчаніи сочиненіи стр. 88 о существенном уклоненіи наших мнѣній, то это, кажется, основывается на недоразумѣніи. И я основывал legis act. sacram. исключительно на *клятвѣ* и на стр. 266 перваго изданія ясно указал, каким путем это предположеніе иска могло возникать при *всяком* отношеніи, и я на стр. 265 ясно назвал sacramentum в смыслѣ штрафных денег «наказаніем за нарушенную клятву или за ложное обвиненіе в клятвопреступности». Единственный пункт, в котором мы расходимся, состоит в том, что *Danz* заставляет клясться *обѣ* стороны. Мысль о связи leg. act. sacramento с клятвой впервые (1852) высказана мной.

[209]b) *Leist* Civil. Studien III S. 261. *Хуике* принял даже в текст (!) в своей Jurispr. Antej. у Gajus IV, 13 слова falsi jurisjurandi nomine, причем он однако называет вмѣсто меня *Данца* творцом этой идеи — то и другое одинаково произвольно и достойно порицанія.

[209]c) См. напротив того *Girtanner* Die Stipulation, Kiel 1859. S. 1—80. *De Geer* в *Nieuwe Bijdragen* VIII, IX (1858, 1859), S. 675 fl. *Rudorff* Rom. Rechts-G. II S. 81. *Bethmann-Hollweg* Der römische Civilprozess I S. 121. Безмолвно отвергнуто *Keller*'ом, Röm. Civilpr. § 13. *Walter*'ом, Röm. R.-G. II. § 704.

Digitized by Google

мною и на которую часто ссылались другіе, просто выпустить соотвѣтствующую часть перваго изданія (стр. 263—268), а потому в послѣдующем я перепечатал ее без измѣненій [210]).

Дѣло идет о том, чтобы найти точку зрѣнія, которая мотивировала бы распространеніе духовной судебной власти на свѣтскія дѣла, т. е. о том, чтобы показать средство, форму, при посредствѣ которых могло быть даровано этим дѣлам религіозное отношеніе и тѣм могла быть установлена подсудность духовному суду. Такое средство представляется в обѣщательной клятвѣ; к каждому обѣщанію, к каждой правовой сдѣлкѣ она может быть приложена как подтверждающее средство, и ежедневный опыт показывает нам употребленіе этого средства. Сношеніе прибѣгает к нему обыкновенно тогда и там, гдѣ видит себя стѣсненным в своем свободном движеніи со стороны права [210]a). Сдѣлки, для которых не существует законнообязательной формы или которыя подлежат матеріальным ограниченіям, тягостным для общественнаго оборота, спасаются с почвы права на почву религіи, и клятва, не смотря на отсутствіе внѣшняго принужденія, оказывается обыкновенно столь же дѣйствительным связывающим средством, как и право. У Римлян издревле было весьма распространено примѣненіе этого средства [210]b). Должностныя лица учиняли присягу

---

[210]) Прибавленія означены [ ].

[210]a) (177) Так в средніе вѣка при проникновеніи римскаго права в виду многих его опредѣленій, вступавших в противорѣчіе с предшествовавшими обычаями и идеями, напр. в виду недопускаемости отказов от наслѣдства. Точно также в виду противнаго общественному обороту запрещенія процентов каноническим правом.

[210]b) (178) И подтвердительная клятва, как средство к рѣшенію правовых споров, была у них как в процессѣ, так и внѣ его в самом широком употребленіи. Показанія при цензѣ происходили под присягой, Liv. XLIII, 14 commune omnium civium jusjurandum; Gellius IV, 20: de uxoribus solemne jusjurandum. *Huschke* Verf. des Serv. Tullius. S. 574. [Liv. VI, 22 jurare parato in verba excusandae valetudinis. Cato de re rust. c. 144. Factores qui oleum fecerint omnes juranto..... sese de fundo neque alium quemquam suo dolo malo oleum neque oleam surripuisse].

Digitized by Google

на соблюденіе законов, солдаты при наборѣ служебную присягу (sacramentum), потом лагерную присягу [210]c), и между собой, первоначально добровольно, потом по предписанію, присягу не обращаться в бѣгство, оставлять свои ряды только по извѣстным причинам [210]d) и т. д. Употребленіе обѣщательной клятвы для правоваго сношенія ясно засвидѣтельствовано нам Діонисіем [211]), и многія, частью уже приведенныя, частью незамѣченныя доказательства подкрѣпляют его свидѣтельство. Что sponsio, торжественное обѣщаніе, этимологически указывает на религіозное связывающее средство, замѣчено уже Римлянами [211]a). Что этим связывающим средством была клятва, утверждает Фест, объясняя consponsor'a *conjurator*'ом [211]b). Далѣе заслуживает вниманія несомнѣнно религіозный характер международной sponsio [211]c) и указаніе, которое дает нам этимологія в словах jurare и juramentum. Отчего получают оба эти слова значеніе: «клясться»? Они происходят от jus — связь, право, слѣдовательно jurare, буквально переведенное, означало бы основывать связь, союз, право; juramentum — связывающее средство, средство права. Если

---

[210]c) (179) Gellius XVI, 4.

[210]d) (180) *Ruperti* Handbuch der römischen Alterthümer. Theil 2. S. 883. [Liv. II, 45].

[211]) (181) *Dionys.* I, 40. [*Mommsen* Röm. Forschungen I S. 357. Aufl. 2: Извѣстіе должно быть ограничено договорами без права иска. Примѣры из позднѣйшаго времени у *Plaut.* Curc. III, 88, IV, 4, 10, Pseudolus I, 3, 118. Rudens Prolog. 46, 48].

[211]a) (182) Festus voc. spondere..... ex Graeco dictum ait, quod ii σπονδάς *interpositis rebus divinis* faciant. Gaj. III § 93 quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse. σπένδω, σπονδή означает первоначально возліяніе вина (*подаяніе*), отсюда σπονδαί заключеніе мира, союз, при заключеніи котораго прежде всего происходили эти возліянія вина. [*Ballhorn-Rosen*, Zur Vorgeschichte des römischen Rechts. 1853. S. 58].

[211]b) (183) sub voce: consponsor. Если consponsor = conjurator, то sponsor есть тот, кто клятвенно обязался исполнить обѣщаніе. [Шаткость этого доказательства пытается доказать *Girtanner* a. a. O. S. 40 fl.]. Впрочем к принятію сакральной формы обязательств увидѣли себя побужденными уже многіе, напр. *Huschke* Das Nexum S. 101, 102. *Danz* Rechtsgeschichte, B. 2 S. 107.

[211]c) (184) *Osenbrüggen* De jure belli et pacis S. 77 u. flg. Полководец, заключившій не одобренную народом sponsio, выдавался врагу, «ut populus religione solvatur» или «ut populus R. scelere impio sit solutus», Cicero de leg. II, 16 употребляет sponsio при votum: voti sponsio, qua obligamur deo.

Digitized by Google

же они вслѣдствіе употребленія языка получили исключительное значеніе «клясться» и клятвы, то из этого, я думаю, можно заключить, что «обязываться», «основывать право» и «клясться» долгое время должно было считаться равнозначущим. Слѣдствіе — «обязываться» отошло впослѣдствіи на задній план перед причиной — «клясться» и т. о. jurare получило свое новѣйшее значеніе.

Клятвенное подтвержденіе обѣщанія могло быть употребительно в особенности там, гдѣ послѣднее юридически было бы недѣйствительно [212]). Если клятва не исполнялась, если относительно ея поднимались сомнѣнія и споры, то ближе всего было обратиться к понтифексам [213]). Были ли они подобно духовным судам в средніе вѣка уполномочены привлекать к отвѣтственности того, кто учинил присягу, мы будем называть его отвѣтчиком, пусть останется нерѣшенным. Но если обѣ стороны были согласны, то слѣдовал розыскъ и приговор, а именно, как я думаю, таким образом, что каждая из сторон вносила на случай проигрыша залог (sacramentum), который потом доставался храму. Этот залог представлял, смотря по исходу процесса, наказаніе за нарушенную клятву или за ложное обвиненіе в клятвопреступности [213]a). Слава знатоков права, которой пользовались понтифексы, преимущество постояннаго присутственнаго мѣста, постоянной практики и традиціи, которое имѣл этот суд перед свѣтским судьей, могли и в случаѣ обыкновеннаго правоваго спора, при котором дѣло шло не о присягѣ, сдѣлать для сторон желательным перенести его пред духовный суд для рѣшенія. Подсудность ему, если вообще при этом хотят говорить о подсудности, могла быть основана каждое мгновеніе учиненіем относящейся до правоваго спора клятвы, быть может и клятва была замѣнена фикціей, так что весь вопрос был сведен к внесенію sacramentum [214]). Такова legis actio sacramento

---

[212]) (185) напр. договоры между патроном и кліентами; отсюда, быть может еще в новѣйшем правѣ jurata operarum promissio вольноотпущеннаго. — Далѣе обѣщанія, в основаніи которых не лежала res. (См. вторую систему).

[213]) (186) Dionys. II, 73. Ποντίφικες γὰρ δικαζουσιν τὰς ἱερὰς δίκας ἁπασας ἰδιώταις τε καὶ ἄρχουσι καὶ λειτουργοῖς θεῶν. [Plaut. Rudens V, 3, 21 tune meo pontifex perjurio es?).

[213]a) Ср. с этим Huschke's: «falsi jurisjurandi nomine». (Прим. 209b).

[214]) (178) Внесеніе производилось [по Varro de L. L. V, 180, ad pontem de-

Digitized by Google

в ея первоначальном видѣ. Чѣм рѣже была клятва, тѣм скорѣе можно было привыкнуть под actio sacramento, которая первоначально означала иск на основаніи клятвы — ибо sacramentum [215]) значит иначе клятва, — разумѣть иск с потерею залога в случаѣ проигрыша, а под самим sacramentum — залог. Перенесенію такой, лишенной религіозных отношеній формы процесса на свѣтскій суд ничто не препятствовало, и так воспослѣдовало это перенесеніе подобным же образом, как много столѣтій спустя перешел на свѣтскіе суды процесс, выработанный в духовных судах в средніе вѣка. Залог же послѣдовательным образом доставался уже не богам, а государству [216]).

Высказанное здѣсь мнѣніе объясняет, каким образом коллегія понтифексов могла достигнуть стòль обширной и стòль всеобщей судебной власти в чисто свѣтских дѣлах, что впослѣдствіи из этого могло даже образоваться преданіе о нахожденіи права в исключительном владѣніи понтифексов. Перевѣс интеллигенціи, почетность положенія, должностное занятіе правом — все наложило на них печать прирожденных третейских судей народа и доставило их коллегіи положеніе в родѣ совѣтующих факультетов юрисконсультов новѣйшаго времени. Их рѣшеніе имѣло силу не приговора, но правоваго мнѣнія, с чѣм находится в связи форма его, гласящая не об осужденіи или

---

ponebant..... qui judicio vicerat, suum sacramentum e *sacro* auferebat;] у pons и именно pons sublicius, от котораго Варро производил имя pontifices (ib. V, 15), и у котораго послѣдніе приносили жертвы. Внесеніе происходило слѣдовательно у понтифексов.

[215]) (188) Впослѣдствіи оставшееся в употребленіи преимущественно при солдатской присягѣ. Что sacrare, sacramentum и т. д. и за исключеніем этого случая имѣет особливое отношеніе к клятвѣ, для подтвержденія этого ссылаюсь я на слѣдующія мѣста Феста: sub voc.: *Sacramento* dicitur quod [jurisjurandi sacrat] ione interposita actum est; [unde quis sacramen] to dicitur interrogari, quia [jusjurandum interponitur] etc., sub voc. *Sacrosanctum* dicitur, quod jurejurando interposito est institutum etc. Впрочем едва ли мнѣ надо и говорить, что для высказаннаго в текстѣ мнѣнія значеніе слова sacramentum представляет только отдѣльное доказательство, собственно же доказывающая сила покоится во всем складѣ цѣлаго, и я могу прибавить, что и сам впервые обратил вниманіе на это доказательство только послѣ того, как тот общій склад навязал мнѣ защищаемое мнѣніе.

[216]) (189) Gaj. IV. § 16 in publicum cedebat (процесс пред свѣтским судом), Fest. sub Sacramentum..... quod consumebatur in rebus divinis (при духовном судѣ).

Digitized by Google

оправданіи, но о sacramentum justum или injustum esse. Со всѣм тѣм понимается, что и эта совѣщательная практика вела не только к утвержденію и выработкѣ опредѣленных форм производства, но и призывала к жизни многія матеріальныя правовыя положенія, также как и то, что знаніе послѣдних и искусство правильнаго владѣнія ими распространялось только в коллегіи. Из этого сдѣлало позднѣйшее время сказку о держаніи понтифексами в тайнѣ гражданскаго права.

Римское право без всякаго сомнѣнія многим обязано практикѣ духовнаго суда, не только по причинѣ относительно высокой интеллигенціи и знанія права, которыя были ему присущи, но прежде всего потому, что здѣсь впервые могла образоваться и образовалась *постоянная* практика. Здѣсь судебная расправа была ввѣрена не отдѣльному лицу, как при царѣ, консулѣ и преторѣ, но присутственному мѣсту, и к тому же, что значит еще болѣе, духовному присутственному мѣсту. Могущество традиціи представляло противовѣс вліянію индивидуальных мнѣній, перемѣна членов суда была безвредна. Таким образом духовный суд был подходящим, обособленным мѣстом, в котором всего вѣрнѣе и всего скорѣе мог воспослѣдовать процесс отложенія права, переход его из состоянія текучести и безформенности в состояніе устойчивости и формальной опредѣленности.

ОБЩЕЕ ВСѢХ ЭТИХ ИСХОДНЫХ ТОЧЕК.

XIX. Нормальный характер начальнаго образованія состоит в единствѣ без различія, т. е. в соединеніи противоположностей, в несамостоятельности отдѣльных частей. Прежде чѣм различія, которыя в зародышѣ существуют уже и в нем, могут тронуться и развернуться, должно пройти время, развившее по возможности сильно, хотя бы и односторонне, момент единства, ежели только этот послѣдній не должен быстро уничтожиться в преждевременной борьбѣ противоположностей. К этому замѣчанію приводит меня взгляд на предшествующее изложеніе. Основная черта изложенной до сих пор системы права — ежели мы только намѣрены называть ее системой, о чем ниже дальнѣйшее — состоит именно в этом первоначальном соединеніи противоположностей, этой несамостоятельности, безразличности ея

Digitized by Google

отдѣльных частей. Только теперь, изучивши в отдѣльности исходныя точки права, мы получили возможность обосновать это мнѣніе без больших приспособленій ссылкою на прежнее.

Мы напоминаем о том, что для нас дѣло идет только о *первоначальном* видѣ этой системы, а не о том, который она приняла в Римѣ, ибо послѣдній представляет уже нѣкоторыя противоположности, из которых однѣ были уже упомянуты в предъидущем, другія будут прибавлены в надлежащем мѣстѣ. Обратим ли мы наш взор сперва на государство — родовой принцип представил нам тождество государства и семейства: государство с семейноподобной организаціей, семейство с политическими функціями. Потом наше изслѣдованіе об отношеніи государства к субъективному принципу показало нам первоначальное тождество государства и народа, законодательства и договора, vindicta publica и privata, а по поводу военнаго устройства сдѣлалось для нас очевидным тождество военнаго и политическаго порядка, народнаго и войсковаго собранія, полководца и царя. Религія наконец не составляет из этого исключенія; политическіе союзы являются в тоже время религіозными, политическая власть заключает в себѣ религіозную, политическая peregrinitas является и религіозной.

Обратим ли мы наше вниманіе на правовую сферу индивидуума — наша мысль оказывается вѣрной на первоначальном тождествѣ самоуправства и мести, в особенности же на зависимости частнаго права от публичнаго. Потеря права гражданства есть потеря всего частнаго права, частноправовая правоспособность предполагает принадлежность к государству, а принятіе в послѣднее возможно только чрез вступленіе в столь обильно насыщенный частноправовыми элементами круг рода. Частноправовое банкротство влечет за собой и политическое, несостоятельный должник теряет при взысканіи долгов свободу и право гражданства.

Одна только крутая противоположность находится здѣсь, но уже не *внутри* права, а та, которой оно замыкается от всего внѣшняго міра — противоположность права, как исключительнаго владѣнія тѣх, кто принадлежит к обществу, и принципіальнаго безправія всѣх внѣ его стоящих. Прогресс в развитіи права проявляется столько же в том, что все болѣе и болѣе ослабляет эту противоположность, как и в том, что внутри права приводит противоположности к развитію.

Digitized by Google

Три указанныя нами исходныя точки древнеримскаго права находятся в древнем Римѣ слитыми в одно единство, онѣ образуют нашу первую «систему». Но с этим отлично примиряется возможность того, что выработка этих различных сторон или элементов права досталась на долю не римскому народу, а доримским народным племенам, из которых одно по своему особенному характеру развило болѣе это, другое — то, и от которых образовывавшійся тогда чрез соединеніе этих различных племен римскій народ мог получить эти различные элементы. И в самом дѣлѣ существует мнѣніе, что синкретистическому образованію римскаго *народа* соотвѣтствует таковое же образованіе и *права*, и сдѣлана попытка привести послѣднее к его этническим противоположностям [217]). Как ни вѣроятна и ни привлекательна для меня мысль, что противоположности Сабинян, Латинян и Этрусков соотвѣтствовало и извѣстное различіе в правовых учрежденіях и в воззрѣніи на жизнь; и как мало ни буду я колебаться сдѣлать нѣкоторое употребленіе из высказанной в этой неопредѣленной всеобщности мысли (стр. 268), также мало надежды на успѣх имѣет однако попытка провести эту мысль в частности и указать для первоначальных римских учрежденій и воззрѣній их этническіе источники. Положительнаго матеріала источников, собраннаго для этой цѣли, на это никоим образом не хватит, он удостовѣряет факт, что предки Римлян были в нѣкоторых пунктах различны друг от друга, но не показывает, что можно отнести из владѣнія послѣдних на счет тѣх или других. Также мало принуждает нас внутренняя оцѣнка послѣдняго принимать для отдѣльнаго различное этническое происхожденіе и приписывать напр. наши три исходныя точки римскаго права трем этническим трибам римскаго народа [218]). У воинственнаго народа, находящагося в постоянном движеніи, разумѣется само собой вліяніе военнаго интереса на устройство. Родовой принцип непринужден-

---

[217]) *Göttling* Römische Staatsverfassung. Einleitung.

[218]) За высказанное в текстѣ мнѣніе сурово обошелся со мной один критик (*Kuntze*) в Münchener Krit. Ueberschau II S. 187 fl. Ему не представляет трудности самым благополучным образом распредѣлить этнически развитыя мной противоположности между Jus и Fas, как будто мудрено было бы это сдѣлать, если отказаться от приведенія даже и тѣни доказательства. Между тѣм и *Mommsen* Röm. Gesch. I Кар. 4 (Aufl. 4) S. 44 окончательно осудил это «неслыханное безобразіе».

Digitized by Google

но подчиняется цѣли цѣлаго, а субъективный принцип с своим правом добычи и самоуправством с трудом находит болѣе подходящее мѣсто, чѣм у такого народа. По отношенію к религіозному принципу, как ни мало противорѣчит само по себѣ религіозное настроеніе воинственному духу, можно было бы впервые придти в искушеніе в нѣкоторых слѣдах религіознаго принципа в римском правѣ видѣть остатки религіозно построенной системы права прежняго народа. Мы сопоставляем эти слѣды и для сравненія параллельныя явленія свѣтской системы.

	Религіозная система. Fas.	Свѣтская система. Jus, vis.
Символ:	aqua et ignis.	Hasta (quiris). Manus.
Представитель:	Numa.	Romulus.
Брак:	confarreatio. (fax, aqua et ignis)	coemtio. (hasta coelibaris)
Договор:	Клятва, sacramentum, sponsio, foedus.	Гарантія народа, mancipatio, nexum.
Процесс:	legis actio sacramento.	Самоуправство. — vindicatio, manus injectio и т. д.
Уголовное право:	homo sacer. Наказаніе как средство очищенія.	Vindicta publica. Наказаніе как средство удовлетворенія.

Но эти скудныя противоположности, даже двойная форма брака не представляют достаточнаго основанія для принятія различнаго этническаго происхожденія [219]); от доказательства этого мнѣнія меня могут и избавить.

---

[219]) Можно было бы спросить: откуда для одного и того же народа двѣ формы брака? Но эта множественность способов заключенія брака не представляет ничего необыкновеннаго. Моисеево право знает 2 способа заключенія брака, с продажей и без оной. (*Michaelis* Mosaisch. Recht B. II § 85, 86), индійское восемь, конечно на странных различіях основанных родов брака (*von Bohlen* Das alte Indien B. 2 S. 141 fl.), в славянских землях в христіанское время рядом с канонической формой заключенія брака находится еще древняя свѣтская. (*Maciejowski* Slavische Rechtsgeschichte B. 2 § 194), и даже настоящее время с его гражданским браком может служить нам примѣром. [Попытки привести различныя формы брака к этническим противоположностям сопоставил *Rossbach* Unter-

Digitized by Google

Мы обращаемся в послѣдующем к народу, который начал свою работу с описанным в предъидущем капиталом идей и учрежденій, мы принимаем при этом процесс его образованія из его различных этнических элементов уже законченным, это есть слѣдовательно готовый римскій народ, с которым мы впредь будем имѣть дѣло, и котораго способности и свойства, на сколько они принимаются в разсчет при задачах права, мы намѣрены себѣ представить.

ОТНОШЕНІЕ РИМСКАГО ДУХА К ДАННЫМ ИСХОДНЫМ ТОЧКАМ.

1. Существо римскаго духа и его предназначеніе к культурѣ права.

Tu regere imperio populos Romane memento.
Virg. Aen. VI, 852.

XX. Было сдѣлано замѣчаніе, что народы, возникшіе из смѣшенія различных національных элементов, отличаются дальнѣйшей силой, и по отношенію к римскому народу и к тому, который между новѣйшими имѣет с ним наибольшее сходство, по отношенію к англійскому, это замѣчаніе оказывается в высшей степени вѣрным. Заключается ли причина этого в том, что возникновеніе этих на-

---

suchungen über die römische Ehe S. 165 и я не могу отказать себѣ в перепечатаніи здѣсь его сопоставленія, оно говорит болѣе, чѣм длинныя разсужденія!

I. *Етрускам* приписывается:

1. confarreatio — Шрадером, Вехтером и др.
2. coemtio Хюльманом.
3. свободный брак и находящійся с ним в связи usus Гёттлингом, Рейном и Беккером.

II. *Латинянам*

1. confarreatio Вальтером.
2. coemtio Блунтчли, Гёттлингом, Данцом, Рейном, Беккером.

III. *Сабинянам*

confarreatio Беккером.

Первоначальное единство обѣих форм брака по моему мнѣнію убѣдительно доказал Becker, S. 192 fl.].

Digitized by Google

родов связано с тяжелыми болѣзнями рожденія, что они только с ужасным напряженіем и усиліями, послѣ предварительнаго преодолѣнія данных различіем происхожденія противоположностей в обычаѣ, правѣ и т. д. должны были пріобрѣсть національность—достояніе, которое другим народам без труда достается как простой результат их долгаго существованія? Производит ли напряженіе силы, которым начинается существованіе народа, продолжительное вліяніе на его характер? Причина заключается в другом, именно в том, что процесс этого образованія не только возбуждает и разлагает в их внутреннем существѣ національности, которыя он должен соединить в единство, но и оставляет от них только твердое, сильное, стальное. Огонь, безвредный для металла, сожигает и истребляет дерево. То, что из особенностей различных національностей не может выдержать этой огненной пробы, погибает; что удержалось и продолжает свое существованіе в новообразованной національности, доказало этим свою огнеупорную природу. Таким образом выигрывает характер образованнаго из этих элементов народа в энергіи, важности, строгости, суровости, благоразуміи то, что теряет в дѣтской простотѣ, наивности, веселости и всѣх качествах, которыя предполагают извѣстную беззаботность воззрѣнія на жизнь и невозмутимое внѣшнее счастіе, — характер, созданный господствовать над міром, а не восхищать его. Такіе-то народы, как с своей стороны должны занимать у других народов произведенія фантазіи, дают за это послѣдним свои учрежденія и законы. Ибо *они* с их трезвым взглядом на жизнь и их неспособной к опрометчивостям и непостоянству природой призваны прежде всего к культурѣ права.

Итак уже исторія самого образованія римскаго народа полна значенія для права. Первая сцена исторіи римскаго права открывается сопоставленіем и слѣдующей за ним критикой учрежденій и правовых воззрѣній, которыя принесло с собой каждое из трех племен, латинское, сабинское и этруское, и кончается выбором из них со стороны нововозникшаго римскаго народа. Исторія возбранила нам правда кинуть взгляд за завѣсу (стр. 265) и поднимает ее только тогда, когда римское право стоит за нею готовым. Но не можем ли мы представить себѣ доисторическое время другим способом? Если три народа с различными учрежденіями, обычаями и взглядами на право соединяются в *одно* государство,

Digitized by Google

и окончательно остается только одно право, на котором не видать никаких слѣдов національной противоположности, то противорѣчіе необходимо должно было быть сглажено, слѣдовательно то или другое пожертвовано. Этот процесс прожиганія, при котором были выдѣлены шлаки и остался только чистый металл, не требовал насильственных средств. Гдѣ сильное и слабое встрѣчаются в жизни в свободном бою, там сам по себѣ доставляет первому побѣду тот внутренній перевѣс, который ему присущ.

Ежели этому процессу, в котором в интересѣ *государства* преодолѣваются племенныя различія, мы дадим такое выраженіе, что государственный и правовой принцип побѣждает здѣсь принцип національности, то уже для перваго выхода Рима на сцену мы будем имѣть положеніе, в котором заключается и позднѣйшее значеніе Рима, его особенное всемірноисторическое положеніе и задача. Ни к одному имени не примыкает так, как к имени Рима, идея столкновенія между національным и отвлеченным государственным и правовым принципом, или, если при этом обратить вниманіе и на церковное значеніе новѣйшаго Рима, идея противоположности національности и всеобщих, супранаціональных тенденцій [219]а). Духовная субстанція, которую Рим скрывает в себѣ, есть крѣпкая водка, которая, как только приходит в соприкосновеніе с живым организмом національности, болѣзненно его раздражает, даже разлагает и растворяет. Собственным національным самопреодолѣніем начинается исторія Рима, а ея кульминаціонная точка показывает нам римское государство, стоящее на пограничной чертѣ античнаго и новаго міра, раскрошившее и истершее в своих ногах народы тогдашняго міра. По паденіи этого политическаго владычества над міром возносится на том же мѣстѣ міровое владычество церкви, господство духа, еще болѣе могучее, чѣм господство меча, и, как будто бы этим вновь возбуждено было столѣтія спустя послѣ погибели римскаго народа то централизующее и экспанзивное стремленіе римскаго духа, — міровое господство римскаго права. Горе національности, когда к ней приближается Рим — так можно было бы воскликнуть с точки зрѣнія національности. Но когда мы подумаем о том, что не осо-

---

[219]а) Связи ради перепечатываю я изложеніе в текстѣ из перваго изданія, хотя эта мысль уже развита далѣе в § 1 настоящаго изданія.

Digitized by Google

бенность и дробность есть цѣль исторіи, а общность и единство, что индивидуальность людей и народов не разрушается моментом всеобщности, а облагораживается и возвышается, тогда мы увидим в Римѣ не ангела истребителя національностей, не духа, только отрицающаго, но піонера и передоваго бойца идеи всеобщности против односторонняго, ограниченнаго господства принципа національности. Конечно без болѣзненнаго столкновенія с чуждыми національностями Рим не мог исполнить своей задачи. Как остріе меча наносило народам древняго міра кровавыя раны, так и острота понятія, характеризующая римское право, — національной правовой жизни новѣйшаго міра. Но раны и боль являются цѣной операціи.

С этой точки зрѣнія привѣтствуем мы римскій народ при его вступленіи в мір мѣткими словами Хушке [220]), «как один из тѣх центральных народов, в которых, как в фокусѣ, собираются разсѣявшіеся лучи человѣчества». Так как уже исторія его образованія дала нам повод вспомнить о его миссіи и свойствах, и так как в позднѣйшем ходѣ изложенія римскій народ отступает в тѣнь пред своим твореніем — правом, то я считаю самым удобным характер римскаго народа и его особенное предназначеніе к культурѣ права сдѣлать предметом разсмотрѣнія уже на этом мѣстѣ.

Чтобы наглядно показать это предназначеніе, требуется разсмотрѣть качества, характер и умственное одареніе римскаго народа; не то, чтобы из этого объяснилось само это предназначеніе — ибо для него нельзя привести никакой другой причины, кромѣ той, что исторія дала Римлянам эту миссію культуры права. Не потому, что Римляне имѣли такія-то и такія-то качества, были они предназначены к культурѣ права, но наоборот потому, что им по экономіи исторіи досталась эта задача, они были субъективно одарены для ея разрѣшенія. Но весьма интересно прослѣдить это одареніе в подробностях; указать, как историческое призваніе Римлян проникает все их существо, вызывает качества, силы, учрежденія, которыя всѣ обязаны служить цѣли этой задачи.

Наперед можно коснуться в немногих словах мнимаго происхожденія Римлян от Греков и мнимаго сходства их с ними. На

---

[220]) Verfassung des Servius Tullius. Vorrede S. 17.

Digitized by Google

самом дѣлѣ оба народа в своих стремленіях и в своем одареніи до того различны, что трудно за различіем отыскать сходство. Римлянам позднѣйшаго времени понравилась идея происходить от Греков, и в этом смыслѣ собирали существующія сходства в языкѣ, правѣ, религіи, которыя частью и преимущественно были остатками первоначальной общности всѣх индогерманских народов, частью результатами позднѣйшаго соприкосновенія обоих народов. Существовало и для новѣйшей филологіи время, когда это заблужденіе было в порядкѣ вещей и извинительно, когда могли считать себя в правѣ объяснять в особенности сходство греческаго и латинскаго языка тѣм предположеніем, что послѣдній есть сын перваго [221]). Изученіе санскритскаго языка показало, что это предположеніе ложно, что латинскій язык скорѣе есть брат греческаго, во многих частях сохранившій общій материнскій язык чище и вѣрнѣе, чѣм послѣдній [222]). Но отношеніе языков указывает на отношеніе самих народов; они суть братья, которые нѣкогда жили под одной кровлей с прочими индогерманскими народами, и, разлучившись, унесли с собой общее снабженіе в языкѣ, обычаях, религіи и т. д. [223]). Но как различно развился их характер послѣ этой разлуки, как далеки стали друг от друга право, религія, язык и т. д. у различных народов! Что касается в особенности права, то хотя до сих пор еще не сдѣлано попытки собрать слѣды первоначальной правовой общности всѣх индогерманских народов, однако можно уже и теперь сказать, что *язык* представит мало объясненій. Как

---

[221]) Это предположеніе произвело на этимологическое опредѣленіе римских правовых выраженій и вмѣстѣ с тѣм на самое пониманіе означенных ими институтов весьма вредное вліяніе, особенно в *Hüllmanns* Grundverfassung и *Ballhorn-Rosen*, Ueber dominium. 1822. [Еще болѣе в сочиненіи того же писателя: Zur Vorgeschichte des römischen Rechts. I 1853, гдѣ это формально выраждается в карикатуру, см. об этом рецензію в Neue Jahrbücher von Klotz B. 70 S. 464 fl.].

[222]) *Потт* высказался на счет этого во многих мѣстах своего часто цитируемаго сочиненія, напр. B. 1 S. XXVIII, S. 75, B. 2 S. 433 u. fl.

[223]) Извѣстная степень культуры была тогда уже достигнута. Сознаніе Бога было развито (в большей части языков удержалось еще слово dewa, Бог. *Pott* B. 1 S. LVI), ступень кочевничества оставлена за собой, были извѣстны дома, деревни, плуг, мельницы и т. д. Сравни с этим *Kuhn* Zur ältesten Geschichte der indogermanischen Völker. S. 12, 16, 17.

Digitized by Google

для понятія, так и для бо́льшей части институтов права каждый индогерманскій язык имѣет особенное, схватывающее их с отличной стороны, названіе. Чѣм бы слѣдовательно первоначально ни владѣла индогерманская народная семья по отношенію к общим правовым учрежденіям: — дѣятельность языка в их означеніи, т. е. пробужденіе сознанія относительно их падает на время послѣ разлуки. Это в особенности может быть сказано об отношеніи греческаго права к римскому. Как бы велико ни было в греческом и латинском языкѣ число одинаково звучащих и одинаково значущих выраженій, правовая терминологія обоих вполнѣ различна, каждый из обоих народов понял слѣдовательно вполнѣ самостоятельно идею своего права и точно также самостоятельно образовал его институты [225]а). Сколько бы ни насчитали отдѣльных учрежденій, зако́нов, обычаев, которые были общи Римлянам и Грекам, — ни в одной области нельзя так легко и так вѣрно познать независимость Римлян от Греков и своеобразность всего их существа, как в области права.

СУЩЕСТВО РИМСКАГО ДУХА [224]).

Так как выше мы поставили значеніе Рима в осуществленіи отвлеченной всеобщности в государствѣ и правѣ в противоположность

---

[225]а) [Так теперь и *Mommsen* Röm. G. I S. 84 (A. 4). «Но как явно принадлежит развитіе римскаго государственнаго права Риму или Лаціуму, и как мало и как незначительно в нем прирожденное, доказывает сплошное означеніе всѣх его понятій словами латинской чеканки»].

[224]) Да простит мнѣ философ по спеціальности, если в послѣдующем я берусь за задачу философіи исторіи, до которой не доросли мои силы; имѣл бы я на то право, охотно бы я от нея уклонился. — Что не достаточно перечисленія всѣх качеств римскаго характера, об этом едва ли надо и говорить. Такое перечисленіе, которое составляет опись всему духовному и тѣлесному имуществу народа и в своей точности бросает ласковый взгляд даже на домашних животных, как «помощников человѣка при работѣ» (Гуго), кажется мнѣ не лучше характеристики объявленія о бѣглецѣ. Отсюда узнают, что и этот народ не отрекся от всеобще человѣческой природы, что эти и тѣ качества находятся здѣсь в этой и той степени, но собственно специфическое и простым перечисленіем качеств не передаваемое народной индивидуальности остается при этом непринятым в уваженіе. На послѣднее, дающее всѣм этим качествам направленіе и выраженіе, я обратил в послѣдующем мое вниманіе, не считая нужным изслѣдовать его во всѣх подробностях.

Digitized by Google

исключительности національнаго принципа, то тот, кто ничего не знает о римском народном характерѣ, мог бы подумать, что его существо состоит в космополитической всеобщности. Но кто хоть сколько нибудь знает Римлян, тот знает, что едва ли какой либо другой народ обладал такой неоскоренимой національностью и держался ея так крѣпко, как они. Не замкнутости требовала эта національность, чтобы себя поддерживать, не отраженія чуждых элементов; напротив того, она вызывала всѣ народы с собой помѣриться, принимала в себя массами чуждые элементы, которые, будучи быстро разложены, ассимилировались римским духом, не оказывая на него с своей стороны замѣтных воздѣйствій. В цвѣтущее время Рима, которым мы ограничиваемся в этой характеристикѣ, стоит римская національность подобно скалѣ в морѣ, о которую разбиваются, подобно волнам, народы древняго міра.

Как примиряется с этой энергіей, с которой національный принцип развертывается в Римѣ, та универсальная, антинаціональная миссія римскаго народа? Универсальный момент в римском характерѣ вытекает из качества, с одной стороны имѣющаго столь же расширительную, универсальную, сколько с другой сжимающую, исключительную тенденцію — из эгоизма. Эгоизм, дѣлающій себя самого средоточіем міра, относящій все только к себѣ, не подвергается опасности забыть себя, потерять свое обособленное, исключительное положеніе; его всеобщность состоит только в том, что он *домогается* всего. Эта расширительная сила желательной способности, с какими бы малодушными наклонностями она ни была связана, объективно служит однако исторіи весьма дѣйствительным средством для идеи всеобщности. Рим представляет нам этому блестящее доказательство.

Эгоизм есть побудительная причина римской всеобщности, эгоизм — и этим мы обращаемся к нашей настоящей задачѣ — основная черта римскаго духа. Есть мелочной эгоизм, мелочной в нравственном и умственном отношеніи, недальновидный в своих разсчетах, без энергіи в исполненіи, находящій удовлетвореніе в минутных, мелочных выгодах. Но есть и величавый эгоизм, великій по цѣли, которую он себѣ поставил, достойный удивленія в своих планах, в своей логикѣ и дальновидности, внушающій уваженіе желѣзной энергіей, настойчивостью и самопожертвованіем, с ко-

Digitized by Google

торым он преслѣдует свои отдаленныя цѣли. Этот второй род эгоизма представляет нам зрѣлище полнѣйшаго напряженія нравственных и умственных сил, он является источником великих дѣл и добродѣтелей. Нѣт характера, болѣе удобнаго для изученія его природы, чѣм римскій. Нѣт интереса слѣдить за римским эгоизмом в его ближайших, мелочных полетах, в тѣх качествах жадности, скупости, жестокости и безжалостности и т. д., здѣсь является он во всей своей неутѣшительной убогости и ограниченности. Но в той же мѣрѣ, в какой расширяются отношенія, в которых стоит индивидуум, и цѣли, которым он себя посвящает, дѣлаются проявленія эгоизма неузнаваемѣе, его формы возвышеннѣе, и на высшей точкѣ римскаго величія — преданности римскому государству, преодолѣвает индивидуальный эгоизм даже самого себя, чтобы себя самого и все, к чему он стремится для себя, принести в жертву эгоизму государства.

Звучит парадоксом, что и тѣ качества римскаго характера, как храбрость, любовь к отечеству, религіозность, уваженіе к закону и т. д., добродѣтели, видимо не имѣющія никакого отношенія к эгоизму или даже предполагающія отреченіе от него, тѣм не менѣе свои корни должны имѣть в эгоизмѣ. Чтобы удостовѣриться в этом, надо только избрать вѣрную точку зрѣнія для наблюденія, обратить вниманіе не на римских *индивидуумов*, а на господствованіе римскаго *народнаго духа*.

Если народ вполнѣ проникся одной идеей, если все его существо, бытіе и дѣло уходит в одну эту идею, то естественно характер его образуется соотвѣтственно ей. *Тѣ* добродѣтели, *тѣ* силы достигают развитія, которыя всего нужнѣе для этой цѣли. Но тот эгоизм, характеристику котораго мы дали выше, требует для своего нравственнаго аппарата высокой энергіи характера, храбрости, самопреодолѣнія, настойчивости, преданности индивидуума общим цѣлям, короче, тѣх качеств, которыя мы видим у Римлян. Разсматриваемыя объективно, они служат слѣдовательно національному эгоизму, хотя бы субъективно образованіе и проявленіе их должно было прямо наоборот заключать в себѣ самоотреченіе. Отдѣльный субъект опредѣляется здѣсь без его знанія и воли національным духом; сознает ли он свое назначеніе или нѣт, рѣшительно все равно. С его точки зрѣнія отдѣльное дѣй-

Digitized by Google

ствіе могло выдти из чувства долга или непосредственно из невѣдомаго влеченія внутренней природы; то, *что* он имѣет эту природу, то, *что* ему это кажется долгом, это должно приписать господствованію національнаго народнаго духа. Послѣдній придает народному характеру, нравственным учрежденіям, всей жизни такой вид, в каком они всего полезнѣе для его цѣлей.

В этом процессѣ объективированія національнаго эгоизма имѣет конечно свою долю и размышленіе, сознательный разсчет. У Римлян была потребность самодѣятельно образовывать вещи, их природѣ противорѣчило предоставлять их самим себѣ по теоріи естественнаго роста. Уже раньше (стр. 84) обращено вниманіе на то, как эта черта выступает и в римском преданіи, и кто бы ни разсматривал римскій мір в этом отношеніи, никто не сможет не признать того большаго участія, которое имѣет в нем размышленіе, умышленность и т. д.; всюду замѣтно стремленіе к интеллектуальному пониманію существующаго и господствованію над ним, также как и подсобляющая и организующая рука человѣка. «Ни одна часть государственной жизни, говорит один из лучших знатоков римской древности [224]а), не осталась, как это доказывает вид всѣх ея институтов, предоставленной самопроизвольному движенію, ни одна не покоилась на массѣ несвязных традицій, всюду выказывается стремленіе привести к сознанію высшее начало и провести его с самой строгой послѣдовательностью в частностях всѣх правил, форм, символов». Но главную роль при всем этом всеже играл несравненный національный инстинкт. Что такое этот инстинкт, является ли он природным дарованіем, не могущим быть далѣе обоснованным, примитивным свойством римскаго духа? Я вижу в нем только слѣдствіе того направленія к практическим цѣлям, той, второй природой сдѣлавшейся, привычки Римлян обращать всю их умственную и нравственную силу на служеніе эгоизму. Римляне, сказал бы я, не могли дѣлать ничего нецѣлесообразнаго; сознательно или безсознательно разсматривают они все с точки зрѣнія цѣлесообразности, и как Греки также без намѣренія и сознанія находят прекрасное, потому что все их существо проникнуто идеей прекраснаго, так Римляне попадают механически на цѣлесообразное.

---

[224]а) *Rubino* a. a. O. S. 205.

Digitized by Google

Призмой римскаго воззрѣнія является слѣдовательно идея цѣлесообразности, и самое поразительное доказательство этому представляет нам мір римских богов [225]). Римляне могли признавать и почитать только то, что имѣло цѣль; боги, которые бы жили только сами по себѣ без опредѣленнаго призванія, опредѣленной должности, показались бы им праздношатающимися. Потому каждый римскій бог имѣл свой круг практической дѣятельности, так сказать свою должность, для которой и от которой он жил. Принцип раздѣленія труда был в римском ученіи о богах доведен до смѣшнаго, римскій дар изобрѣтательности был неистощим в изысканіи новых отраслей занятій, служебных работ и отправленій дѣл, для которых мог быть поставлен особый бог. Не существовало интереса, столь ничтожнаго и незначительнаго, не существовало момента человѣческой жизни — от рожденія до смерти, момента земледѣлія — от посѣва до жатвы и т. д., надзор над которым прозаическій смысл Римлян не ввѣрил бы какому нибудь весьма скучному богу [226]). Эти боги, как и сами Римляне, совершенно уходят в свои цѣли, они являются ничѣм иным, как олицетворенными цѣлями.

И религіозность Римлян, ими самими и другими столь прославленная, опредѣлялась в существенном мотивом цѣлесообразности или эгоизма. Римляне чтили богов не потому, что они боги, но с тѣм, чтобы они доставляли им за это свою помощь. Мѣра потребности в помощи, нужда, в которой находились, была в то же время мѣрой римской религіозности. Натурально и в счастливыя времена поддерживали добрый лад с богами и не лишали их ничего, на что они раз имѣли право; им выплачивали, если позволено продолжить далѣе вышеприведенное сравненіе, не сокращая, их содержаніе, цѣну, за которую они сохраняли Риму вообще свое благоволеніе. Но если кто либо — государство ли, или отдѣльное лицо — домогался от них чрезвычайных услуг, то он должен был, так как и боги даром ничего не дѣлали, соотвѣт-

---

[225]) Я ссылаюсь в дальнѣйшем на Гегеля в его Religionsphilosophie Theil 2, Abschn. 2, который совершенно вѣрно называет римскую религію религіей цѣлесообразности.

[226]) Я преимущественно сошлюсь на статью *Амброша* «Ueber die Religionsbücher der Römer.» Bonn. 1843. S. 11 u. fl.

Digitized by Google

ственно заплатить им за это. Излюбленной формой склонять в свою пользу богов было *votum;* потому именно излюбленной, что при этом шли на вѣрняка, т. е. должны были с своей стороны исполнить обѣщанное богам только послѣ того, как тѣ с своей стороны оказали ожидаемую услугу. Votum представляло перенесеніе обязательственнаго права на богов и употреблялось и в его терминологіи.

Чѣм болѣе это сужденіе о римской религіозности, дѣлающее эгоизм ея побудительной силой, должно разсчитывать на противорѣчіе и чѣм менѣе была бы здѣсь у мѣста попытка подробнаго его обоснованія, тѣм болѣе должен я напомнить о вышеприведенном замѣчаніи относительно инстинктивнаго господства римскаго духа. Это не мое мнѣніе, будто бы сознательное намѣреніе и разсчет поступали в Римѣ по своему с самыми священными вещами [227]), но точно также не могу я вѣрить, чтобы в одной религіи отрекся от себя римскій образ мыслей. В другом мѣстѣ (§ 21) мы будем имѣть случай показать, как религіозныя установленія подчинялись цѣлям римскаго государства. Насколько ложно было бы на основаніи этого факта подсовывать Римлянам мнѣніе, будто эти установленія и сами боги были только орудіем в руках римскаго государства, настолько вѣрно, что объективно эти установленія оказывали государству самыя существенныя услуги. Причину этого однако можно искать только в том качествѣ римскаго духа, в силу котораго он умѣл отыскать практическую сторону во всем, что появлялось в римском мірѣ, как бы мало ни находилось оно по своему происхожденію в соотношеніи с идеею полезности [228]).

---

[227]) Это естественно было уже утверждаемо, это соотвѣтствовало раціоналистическому взгляду, который был в состояніи видѣть в религіи только дѣло обмана и разсчета. См. напр. *Buchholz* Philosoph. Untersuchungen über die Römer. 3 B. Berlin 1819, сочиненіе, в котором философіи кромѣ заглавія нигдѣ не видать. B. 1. S. 144 u. fl. Религіозныя празднества на стр. 147 объявляются ничѣм болѣе, «как средством, которым римское управленіе отводило от себя вниманіе простаго народа на другіе предметы».

[228]) На англійском народѣ можно сдѣлать подобныя же наблюденія. Сколько и у него можно привести явленій, вышедших из нравственных причин, как напр. стремленія к освобожденію рабов, миссіонерство и т. д., которыми тотчас с большим успѣхом завладѣл практическій дух націи для политических цѣлей.

Digitized by Google

Если это стремленіе проявлялось в религіозной области, насколько же больше в свѣтской.

Римскій мір, схваченный во всей его цѣлости и величіи, может быть обозначен *одним* словом, как тріумф идеи цѣлесообразности; он сам, также как и всѣ умственныя и нравственныя силы, которыя в нем дѣйствуют, существуют ради цѣлей, опредѣлены и образованы отношеніем к ним. Эгоизм есть побудительная сила цѣлаго; весь этот мір со всѣми его установленіями и со всѣми добродѣтелями, которыя в нем проявляются, есть ничто иное, как объективированіе или организм національнаго эгоизма.

Это выраженіе выражает быть может наиболѣе кратко способ и образ, в котором проявлялся этот эгоизм. Римскія установленія, добродѣтели и т. д. соединяются в один организм, который приводится в движеніе идеей эгоизма. Но эта побудительная сила обнаруживается только в построеніи и дѣятельности *цѣлаго*, а не отдѣльных частей; послѣднія опредѣляются не самостоятельно этим мотивом, но потребностью всего организма, и именно потому, что онѣ не предоставлены непосредственным вліяніям эгоизма, дѣлаются онѣ тѣм болѣе годными его орудіями. Виртуозность римскаго эгоизма проявляется в том, что он постоянно имѣет перед глазами весь совокупный склад и никогда не старается достигнуть на его счет минутнаго удовлетворенія.

Объясним это примѣрами. Мелочной, близорукій эгоизм имѣет пред глазами только отдѣльную выгоду, он преслѣдует ее в случаѣ надобности на счет права, чести, отечества, короче такими способами, которые, будучи всеобщими, были бы самыми нецѣлесообразными в мірѣ. Римлянин напротив того знает, что его индивидуальное благо обусловлено благом государства, его эгоизм обнимает слѣдовательно вмѣстѣ с первым в тоже время и государство. Он знает, что строгое соблюденіе и исполненіе законов соотвѣтствует всеобщему, а слѣдовательно и его собственному интересу. Он знает, что выгоды, покупаемыя безчестностью, трусостью, малодушіем и т. д., только видимы, что эгоизм только в связи с честью, храбростью, правдивостью и т. д. может достигнуть прочных результатов. Но это знаніе есть в тоже время обязанность и воля, т. е. національное чувство долга требует от Римлянина такого образа дѣйствій, и энергія народа выказывается в том, что он ненарушимо слѣдует

Digitized by Google

этому кодексу обязанностей національнаго эгоизма. Таким образом преслѣдует Римлянин не личную выгоду на счет государства, не минутную прибыль на счет окончательной цѣли, не вещественныя блага насчет невещественных, но подчиняет относительно нисшее относительно высшему, отдѣльное всеобщему [228]а). А окончательно все это всеже лишь в интересѣ дальнозоркаго эгоизма. Если обратить вниманіе на отдѣльную добродѣтель: храбрость, любовь к отечеству, уваженіе к закону и другія, то отношенія ея к эгоизму совсѣм нельзя и замѣтить, даже прямо наоборот она кажется заключающей в себѣ отреченіе от него. Это ничто иное, как если бы из жизни индивидуума захотѣли выхватить отдѣльные акты самопреодолѣнія, которые на дѣлѣ далеки от того, чтобы свидѣтельствовать об отреченіи от эгоистическаго образа мыслей, напротив того представляют его проявленіе — тѣ пожертвованія относительно болѣе низкими побужденіями эгоизма, которыя тѣм неизбѣжнѣе, чѣм отдаленнѣе и величественнѣе окончательная цѣль, которую себѣ поставили. Римскій эгоизм ограничивается тѣм, что диктует план дѣйствія, указывает каждой силѣ настоящее мѣсто и дѣлает ея обязанностью его защиту. Но эти силы и стремленія берут с собой в дорогу представленіе великой цѣли и сознаніе, что их дѣятельность необходима для ея достиженія. Этого им довольно, этим удовлетворен их эгоизм и теперь они не раздумывают, не спрашивают и не сомнѣваются, но дѣйствуют и дѣйствуют со всей преданностью, неутомимым постоянством, полной энергіей.

Таким образом римскій характер с его добродѣтелями и недостатками может быть назван системой дисциплинированнаго эгоизма. Главное основное начало этой системы есть то, что подчиненное должно быть пожертвовано высшему, индивидуум — государству, отдѣльный случай — отвлеченному правилу, момент — продолжительному состоянію. Это требованіе, на самом дѣлѣ объективно ничто иное, как слѣдствіе идеи цѣлесообразности, запечатлѣно національным взгля-

---

[228]а) Этим чисто утилитарным образом хотѣл *Бентам* объяснить понятіе добродѣтели вообще. «Добродѣтель есть пожертвованіе слабѣйшим интересом болѣе сильному, мгновенным продолжительному, невѣрным вѣрному». Principien der Gesetzgebung herausgegeben von *Dümont* (Uebersetzung, Köln 1833, S. 23). Это опредѣленіе сдѣлало бы честь древнему Римлянину.

Digitized by Google

дом как этическая необходимость, нравственность, долг; и могучая нравственная сила римскаго народа проявляется больше всего в той готовности, с какой он подчиняется этому, если можно так сказать, условному кодексу обязанностей, безусловно покоряется необходимости, продиктованной простой идеей полезности. Владѣть собой труднѣе, чѣм другими. Народ, второй природой котораго при высшей любви к свободѣ сдѣлалась тѣм не менѣе добродѣтель самопреодолѣнія, призван к господству над другими. Но цѣна римскаго величія была конечно болѣе дорогая. Ненасытный демон римскаго эгоизма жертвует всѣм для своей цѣли, счастіем и кровью собственных граждан также, как національностью чуждых народов. Добродушіе, веселость и фантазія отскакивают в ужасѣ от его ледянаго дыханія, граціи избѣгают его близости; для него самого имѣет цѣну только то, что есть цѣль или средство к цѣли. Мір, ему принадлежащій, есть мір мороза, лишенный всѣх лучших благ, мір отвлеченных максим и правил — величественная машина, достойная удивленія по своей крѣпости, соразмѣрности и надежности, с которой она работает, по силѣ, которую она развивает, все истребляя, что ей противится, но только машина; ея господин был в тоже время ея рабом.

Предшествующее изложеніе проложило нам путь к задачѣ, которая нас снова приближает к собственному предмету этого сочиненія, к праву. Это есть предназначеніе римскаго народа к культурѣ права. Право есть высшій пункт поднятія римскаго міра. Кто хочет изучить римскій мір и римское существо, тот должен перенестись на этот пункт. Не только образ мыслей и чувствованій Римлян, но все их нравственное и умственное одареніе выступает здѣсь пред нами в самом ясном и рѣзком освѣщеніи. Кто умѣет читать письмена права, тому сообщают они о Римлянах болѣе, чѣм всѣ сообщенія их историков.

Из вышеприведеннаго изложенія о существѣ римскаго духа явствует, почему и с какой стороны он в столь высокой степени был призван к культурѣ права. Право есть религія эгоизма [228]b),

[228]b) Это изреченіе *Röder* Grundzüge des Naturrechts B. 1 S. 61 Aufl. 2 ложно понял так, как будто я *сам по себѣ* хотѣл передать этим существо права, между тѣм как я хочу передать, как понимает его *эгоизм*.

Digitized by Google

на правѣ может и имѣет право осуществиться если и не исключительно, то всетаки в отличительно высокой степени идея объективной цѣлесообразности и именно с этой стороны римскій дух понял и образовал право. Римлянам изстари удалось перенести право из области души и чувства в область разсчитывающаго разума, сдѣлать из права независимый от вліяній мимолетнаго субъективно-нравственнаго взгляда внѣшній механизм, которым каждый, Римлянин он или нѣт, может управлять, как скоро он изучил его конструкцію. Это освобожденіе права от субъективно-нравственнаго чувства, его овнѣшниваніе и объективированіе является для исторіи права тѣм же, чѣм для исторіи культуры было изобрѣтеніе буквеннаго письма — право сдѣлалось вслѣдствіе этого способным к изображенію и чтенію. Оно обозначает побѣду идеи цѣлесообразности над субъективным чувством нравственности; только с этих пор может первая безпрепятственно развивать свою дѣятельность на правѣ.

Но не отдѣльный случай является объектом ея дѣятельности, а *отвлеченное правило*. Отдѣльный случай подчиняется, жертвуется всеобщему правилу; это тоже пожертвованіе относительно нисшим относительно высшему, которое мы выше (стр. 279) изучили как характеристическую черту римской теоріи цѣлесообразности. Это подчиненіе есть постулат цѣлесообразности, оно впервые предлагает сношенію необходимую безопасность, обѣщая ему равномѣрныя, заранѣе могущія быть разсчитанными рѣшенія правовых споров. Но практическое осуществленіе этого подчиненія на самом дѣлѣ не так легко, как это кажется: уж слишком часто субъективное чувство права противопоставляет свое противорѣчіе, и необходима твердость характера или надежность привычнаго юридическаго образа воззрѣнія, чтобы отказывать этому противорѣчію во всяком вліяніи на себя, примѣнять отвлеченныя правила ради правил. Это безотносительное подчиненіе отдѣльнаго случая отвлеченному правилу, я бы назвал его тиранніей юридической дисциплины, было для Римлян с ранних времен также обычно и понятно, как и неумолимое отправленіе желѣзной военной дисциплины в походѣ. Мы увидим, что римское право не менѣе обязано своим величіем первому качеству, чѣм римское государство своим второму.

Не нравственнаго чувства, не справедливости требует эта же-

Digitized by Google

лѣзная дисциплина — я не могу выставить этого в достаточной мѣрѣ — но только цѣлесообразности. Истинная справедливость требует бо̀льшаго, чѣм то механическое равенство, которое является результатом такой тиранніи мертвых правил; настоящее, внутреннее равенство, ей соотвѣтствующее, не может быть достигнуто этим путем. Свободное нравственное чувство противится тому, чтобы вопрос права разрѣшался как ариѳметическій примѣр, чтобы право было унижено до степени машины. Я должен был раньше времени привести здѣсь характеристику второй системы, чтобы показать, как выгодно повліяло на техническую выработку права выше изложенное направленіе римскаго духа на практическія цѣли. Так как в системѣ дисциплинированнаго эгоизма право занимает первое мѣсто, то в природѣ вещей лежало то, что Римляне должны были обратить свое главное вниманіе на право.

Как хорошо Римляне понимали это приглашеніе, как сильно влекло их съиздавна к праву, и какое выдающееся мѣсто занимало оно в противоположность греческому в римском воззрѣніи на жизнь, достаточно извѣстно. Чѣм для народа Божія была религія, для греческаго искусство, тѣм для Римлян было право и государство— предметом національной гордости пред всѣми чужими народами, пунктом, в котором они всего увѣреннѣе сознавали свое превосходство, магнитом честолюбія и силы. Если народ Божій ставил всего выше своих пророков, Греція — своих философов, художников и поэтов, то в Римѣ это почитаніе доставалось на долю граждан, которые или оказали великія заслуги государству или прославили право образом своих дѣйствій, как Брут и Регул, или же своим остроуміем ему споспѣшествовали. Самый вѣрный масштаб для того, какое уваженіе чувствует народ к какому нибудь призванію, искусству или наукѣ и т. д., представляет то почтеніе, которое он воздает лицам, посвящающим себя тому или другому призванію. Рим изгонял художников из города, лица духовнаго званія, как таковыя, во всяком случаѣ в позднѣйшее время не представляли предмета особеннаго почитанія [229]), по крайней мѣрѣ не пользовались истинной любовью, но юристы нигдѣ не наслаждались бо̀льшей популярностью, высшим вліяніем и высшим уваженіем,

[229]) См. слѣдующій параграф.

Digitized by Google

чѣм в Римѣ. Притягательная сила, которую право имѣло для Римлян, покоилась не только на том удовлетвореніи, которое занятіе им представляло разуму и юридическому смыслу, право было для них болѣе, чѣм простым источником умственнаго наслажденія и удовольствія, оно было для них предметом нравственнаго возношенія. Не то считали они главным, что ни один народ не обладает столь мудрыми законами, столь благонадежными учрежденіями, что ни один народ не ушел так далеко в познаніи права, как они; выше для них стояла слава, что нигдѣ право не находило такого высокаго уваженія, такого признанія ни на что не взирая, такой надежности ненарушимаго осуществленія, как в Римѣ [229]а). Это нравственное уваженіе, питаемое к праву, добровольное подчиненіе Римлянина постановленіям права, любовь народа к правосудію, отвращеніе его к правонарушеніям, чувство безопасности, которое давало в Римѣ право, упованіе на его побѣду, короче, здравый, крѣпкій, мужественный правовой смысл, вот что наполняло Римлянина гордостью. Блестящіе образчики такого образа мыслей общественное мнѣніе ставило также высоко, как клеймило оно грубые проступки против него. Правонарушеніе повлекло за собой паденіе царства и децемвирата; начало новаго времени, введеніе республики, ознаменовал тріумф правосудія над отеческой любовью, осужденіе на смерть сыновей Брута собственным отцом — параллель смертной казни, совершенной Ромулом над своим братом (Примѣчаніе 190а), которой началось основаніе Рима — каждый важный момент древнѣйшей исторіи прославлен тріумфом правовой идеи.

Это нравственное могущество права над умами не исчезало и в сношеніях с чужими народами. С какой бы хитростью ни умѣло римское государство подводить их буквою права и кутать политику в мантію права — их политика признавала себя связанною принципами права и не осмѣливалась открыто насмѣхаться над ними. Тѣ же международныя основныя положенія, которыя Рим примѣнял против других народов, признавал он во всем их объемѣ

---

[229]а) См. сужденія у Cicero de orat. I, 44; de off. II, 20 i. f. fundamentum.... justitia, sine qua nihil potest esse laudabile; de nat. deor. I, 2 una excellentissima virtus justitia. Val. Max. VI, 6 justitiae praecipuum et certissimum exemplum inter omnes gentes nostra civitas.

Digitized by Google

равным образом и против самого себя. Для такого народа было потому потребностью и ему осталось предоставленным впервые юридически организовать частноправовыя сношенія с иностранцами (jus gentium).

Если мы в предъидущем пытались показать необходимость преимущественнаго направленія римскаго духа на право, то к этому присоединяется еще вопрос, какія средства находились к его услугам для исполненія его задачи в области права, каким обстоятельствам, каким качествам римскаго народа и т. д. должны мы приписать то, что эта задача удалась ему в столь высокой степени. Обыкновенно отвѣчают на этот вопрос ссылкою на умственное одареніе Римлян, их острый, разлагающій разум, их практическій такт и т. д., и вліяніе этого момента очевидно. Но что забывают слишком часто, и что всетаки на мой взгляд несравненно существеннѣе для древнѣйшаго права, так это нравственная сила, энергія воли римскаго народа.

Право не есть убѣжденіе, мнѣніе, знаніе и т. д., короче, не есть умственная сила, но нравственная, оно есть воля. Только воля может дать праву то, на чем покоится его существо — дѣйствительность, только она имѣет реально образующую, творческую силу. Пусть народ одарен умственно еще болѣе; если у него нѣт нравственной силы, энергіи и твердости воли, то право у него никогда не будет преуспѣвать. Его законы являются ничѣм иным, как хорошими намѣреніями безхарактернаго человѣка, внушеніями минуты, которыя обличаются дѣйствительностью во лжи и уничтожаются слѣдующим мгновеніем. Только тѣ правовыя положенія и установленія имѣют твердую прочность, которыя, как намѣренія человѣка с твердым характером, имѣют за собой силу воли, а эта прочность, это постоянство, в свою очередь есть предположеніе их технико-юридической законченности и выработанности. Как может духовный взор разума вывѣдать право, которое находится в вѣчном состояніи дрожанія и колебанія? а таким и является состояніе права в том случаѣ, если національная воля не обладает силой держать его твердой рукой. Как мало привлекательно, как неблагодарно в этом случаѣ призваніе юристов — выработывать теорію непостоянной, безпокойной дѣйствительности! Лучшія духовныя силы націи отвертываются с негодованіем от этого занятія; философское изслѣдованіе права может их привлекать — юриди-

Digitized by Google

ко-практическая и теоретическая обработка положительнаго права не будет в состояніи этого дѣлать. Потому юриспруденція может дѣйствительно процвѣтать только у крѣпкаго волей народа; без любви, без преданности своей задачѣ она есть жалкая вещь, а эта любовь невозможна, если право не имѣет в самом себѣ твердой прочности, крѣпкаго постоянства. А гдѣ народ не обладает им, как могло бы достигнуть его право?

Нѣт права болѣе годнаго сдѣлать для нас наглядным это значеніе момента воли и это взаимное дѣйствіе нравственной и умственной силы, чѣм древнѣйшее римское право. Что̀ обѣ эти силы сдѣлали из древнѣйшаго римскаго права, и как онѣ выказали себя в частности в его институтах, покажет слѣдующая система, здѣсь должно быть нашей задачей сдѣлать наглядным вообще значеніе момента воли для преуспѣянія древнѣйшаго права и вмѣстѣ с тѣм обосновать подробнѣе выше приведенное утвержденіе о зависимости *технической* законченности *права* от *нравственных* свойств народа.

Два свойства римскаго народа безпрестанно проявляются в исторіи его права и оба представляются слѣдствіями и признаками твердой энергической воли: желѣзная *послѣдовательность* и упорный *консерватизм*. Что нибудь *дѣйствительно* хотѣть значить хотѣть *совершенно*, *вполнѣ* и *постоянно;* послѣдовательность и постоянство суть признаки и неразлучные спутники истинной воли в дѣлах практической жизни.

Пусть разум выводит заключенія, только воля в состояніи их осуществить. Если римское право болѣе, чѣм какое бы то ни было другое, отличается своей строгой логикой, то заслуга принадлежит не столько разуму, который ее *распознавал*, сколько волѣ, которая ее *осуществляла*, т. е. практически ей подчинялась. Это добровольное подчиненіе римскаго народа велѣнію послѣдовательности гораздо болѣе достойно удивленія, чѣм предшествующее напряженіе мыслительной способности. Другіе народы страдали за религіозныя убѣжденія, римскій народ — за свои правовыя. То, что римская наука права нашла простое, послѣдовательное право, было *нравственной* заслугой прежняго римскаго народа, цѣлыя столѣтія терпѣливо сносившаго, не смотря на свое чувство свободы, иго безпощадной послѣдовательности. Что это было иго и в чем состоял его гнёт, это покажет слѣдующая система.

Digitized by Google

В тѣсной связи со сказанным стоит столь хорошо извѣстная знатоку римскаго права особенная манера Римлян примирять неудобную послѣдовательность с практической потребностью уловками всякаго рода: мнимыми дѣяніями, окольными путями, фикціями (§ 56—58). *Нравственное* отвращеніе Римлян к неуваженію к раз принятым принципам принуждает и заставляет, сказал бы я, разум употребить все свое остроуміе, чтобы найти средства и пути, которыми могло бы быть достигнуто то примиреніе послѣдовательности с практической потребностью. Нужда дѣлает изобрѣтательным. Изобрѣтенія, которыя она внушила Римлянам, носят без сомнѣнія иногда в высшей степени странный, почти чудной отпечаток, и неюрист почувствует себя скорѣе искушенным осмѣять их и надсмѣяться над ними, чѣм увидать в них достойный уваженія труд; но со всѣм тѣм можно однако положительно сказать, что столкновеніе между послѣдовательностью и практической потребностью напрягло в высокой степени юридическій дар изобрѣтательности Римлян к большой выгодѣ технической законченности права. Менѣе сильный волею народ никогда не испытает этой нравственной крайности и вмѣстѣ с тѣм выгоднаго вліянія ея на юридическую выработку своего права; гдѣ послѣдовательности права ведут к практическому вреду, он просто оставляет их без вниманія.

Совершенно такое же вліяніе обнаружило второе выше названное національное свойство Римлян — их консерватизм. И оно проявило себя весьма дѣйствительным рычагом юридической силы изобрѣтенія. Примирять потребности настоящаго времени с традиціями прошедшаго, платить должное первым, не разрывая по формѣ и по содержанію связи с преданіями старины, подчинять правовым нормам сношенія между людьми, направлять правообразующую силу по обычным путям, вот что было в Римѣ впродолженіи столѣтій благородным, истинно патріотическим призваніем юридическаго искусства. В той же мѣрѣ, в какой росли трудности этой задачи, росло это послѣднее.

И восток консервативен, еще нынѣ стоит он с своими воззрѣніями и учрежденіями в существенном на той же ступени, как и тысячелѣтіе тому назад. Но консерватизм востока есть только изнанка *отрицательнаго* свойства — неспособности к развитію,

Digitized by Google

он не есть произведеніе силы, но простой vis inertiae. И на отечественной почвѣ встрѣчаем мы не рѣдко образ мыслей, который любит себя выдавать за консервативный — консерватизм своекорыстія, лѣни, неповоротливости, боязни, не имѣющій мужества взглянуть в лицо новому времени и своей близорукостью приносящій своим собственным стремленіям болѣе вреда, чѣм пользы. Это не консерватизм Рима. Римляне никогда не уклонялись платить должное новому времени, покидать старыя учрежденія, которыя отжили свой вѣк, вводить новыя, и довольно самаго бѣглаго взгляда на римское право, чтобы убѣдиться, что внутри его происходили самые громадные перевороты. Но эти перевороты не были дѣлом дикой, порывами дѣйствующей и быстро истощающейся силы, они совершались в высшей степени постепенно и незамѣтно. Робко и почти украдкой вступают в дѣйствительность новыя идеи и стремленія, шаг за шагом должны они завоевывать себѣ почву, ибо существующее противопоставляет им упорное сопротивленіе, и их окончательная побѣда является только дѣлом и цѣной безусловно доказаннаго перевѣса их силы [230]). Но этой трудности и медленности процесса образованія соотвѣтствует прочность продукта; дуб растет чрезвычайно медленно, но и дерево его совершенно иное, чѣм дерево тополя. Что добыто легко, легко снова и теряется, чего достигли с трудом, за то и стоят упорно — положеніе, столь же вѣрное для народов, как и для индивидуумов.

Народ, который подобно римскому и англійскому крѣпко держится стараго и уступает новому только тогда, когда сопротивленіе сдѣлалось невозможным, тѣм крѣпче с другой стороны сохраняет и это новое; таже сила, которая до тѣх пор затрудняла ему доступ, обращается на его сторону, как скоро он его добился.

В силѣ, и не в простой vis inertiae, имѣет свое основаніе консервативная тенденція римскаго народа; это есть сила, подобная той,

---

[230]) Эту медленность развитія выставляют сами Римляне причиной превосходства своего устройства. См. напр. Cicero de republ. II. c. 1.... ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus..... quod nostra respublica non unius esset ingenio, sed multorum, nec unius hominis vita, sed aliquot constituta saeculorum.

Digitized by Google

с которой твердый характер слѣдует правилам, которыя он раз для себя поставил, и с которой крѣпко держится того, что раз признал за истинное и справедливое [231]).

Самым тяжелым испытаніем для подтвержденія на дѣлѣ этой силы и в тоже время самым блистательным ея свидѣтельством являются в моих глазах тѣ величественныя противоположности, которыя римскій народ должен был выдержать в теченіи своей исторіи, и то, каким образом он с ними совладал. Их всего три. Первая падает на эпоху возникновенія римскаго народа и разсмотрѣна уже выше (стр. 268), второй является противоположность патриціев и плебеев, третьей — jus civile и jus gentium. Какое зрѣлище крайняго развитія силы представляет нам на цѣлыя столѣтія протянувшаяся борьба патриціев и плебеев, как сильны были здѣсь нападеніе и отпор, как пагубна могла бы быть эта борьба для народа и государства менѣе крѣпкаго, чѣм римское. Но далеко от того, чтобы обезсилить или разслабить національную силу, она наоборот закалила послѣднюю, принуждая ее к крайнему напряженію, а противоположность консервативнаго и замедляющаго элемента, как он выражался в патриціях, и прогрессивнаго и побуждающаго к движенію, как он выражался в плебеях, вмѣсто того, чтобы вредить развитію права, наоборот дала ему тот характер общаго, планосообразнаго, безпрерывнаго прогресса.

Ход третьей противоположности вполнѣ мирен, совершенно свободен от вліянія вражды политических партій. Но, не смотря на это, какое напряженіе силы вызвал и он! Вѣдь при нем надо было нѣкоторым образом отречься от Рима в самом Римѣ, освободиться от унаслѣдованных идей, от них не отказываясь, противопоставить себѣ два образа воззрѣнія в правѣ: національноримское и космополитическое, как имѣющія равныя права, и провести их чрез совокупную систему, при одном институтѣ думать по римски, при другом не по римски. Пусть испытанному мыслителю будет не трудно так понять двѣ философскія системы во всей их противоположности и так овладѣть ими, что он и в самых отдаленных полетах основной

---

[231]) Об этическом и политическом значеніи этой трудности развитія права я имѣл случай высказаться в другом мѣстѣ, см. мой Kampf ums Recht. Wien 1872. S. 20.

Digitized by Google

мысли тотчас ее узнает, но этой только виртуозностью одного мышленія не могла быть приведена к рѣшенію та противоположность в римском правѣ, потому что при ней дѣло шло не о научной противоположности, которую надлежало *узнать*, но о практической, которую надлежало *перенести*, слѣдовательно о проявленіи не только умственной, но и нравственной силы, о дуализмѣ *права*, уступкѣ, подобной той, когда до тѣх пор строго вѣроисповѣдное государство дает равныя права другому вѣроисповѣданію и добросовѣстно проводит это равенство во всѣх пунктах. Это есть *дѣло*, и таким дѣлом было оно и в моих глазах, и потому-то именно вижу я в нем не только научный труд, но и испытаніе нравственной силы; то, что римскій народ дуалистически образовал все свое право, не стѣсняясь опасеніем, что он этим может нанести вред самому себѣ и своему устройству — это было самоиспытаніем чувства національной безопасности.

Еще раз всплывает в исторіи Рима противоположность, которая повидимому имѣет право быть здѣсь названной — противоположность республики и монархіи. И она тянется цѣлыя столѣтія, внѣшним образом противостоят друг другу республика и монархія еще вплоть до третьяго столѣтія, но именно только *внѣшним образом*, потому что то, что еще осталось от республики, было внѣшним видом, простой формой, и этот дуализм, далеко не представляя новаго свидѣтельства силы римскаго духа в перенесеніи и проведеніи противоположностей, служит наоборот только признаком того, что эта сила приходила к концу.

Но наша выборка совсѣм тѣм еще незакончена тремя вышеприведенными обращиками. Какая богатая добыча для нашей точки зрѣнія открывается еще нам, если мы обратим вниманіе на противоположности, которыя заключает в себѣ в остальном римскій мір! На одной сторонѣ самодержавіе народа и все упорство духа частноправовой независимости, на другой самое щедрое снабженіе магистратуры, желѣзная дисциплина полководца *внѣ*, а во время бѣды неограниченное правленіе диктатора даже *внутри* Рима; здѣсь замкнутый дом с полным домашним самодержавіем, там цензор, который, подобно воспитателю, привлекает пред свое судейское сѣдалище тайны дома; здѣсь высшая ревность к свободѣ, а рядом с этим популярность должностнаго лица, кото-

Digitized by Google

рое, вмѣсто того, чтобы льстить народу, отправляло свою должность на подобіе царя, и полное сознаніе народом величія и права властительной натуры такого рода.

И если в заключеніе мы бросим еще взгляд на механизм римскаго устройства — какое изобиліе противоположностей и здѣсь! Вмѣсто *одного* должностнаго лица для каждой высшей должности *два*, которые имѣли полную возможность обезсилить одно другое, как будто-бы повсемѣстно сперва должно было быть преодолѣно противорѣчіе, чтобы дать благоуспѣшный результат, и рядом с этим еще в противоположность патрицийской магистратурѣ плебейское учрежденіе трибунов, планосообразное воплощеніе политическаго отрицанія. В народѣ снова тот же дуализм: два различные рода народных собраній: центуріатныя и трибутныя комиціи. Рядом с этим сенат с своей эластичной властью, в особенности с правом объявленія недѣйствительными законов и выборов, правом, которое, хотя не по своей идеѣ, зато однако практически заключало в себѣ возможность отрицанія народной воли. Но не смотря на всѣ эти повидимому взаимно отрицающія друг друга власти, и не смотря на суровыя столкновенія, которыя не рѣдко разражаются между ними, всетаки удовлетворительный всеобщій результат — сила, порядок, единство! Откуда? Отвѣт содержится в предъидущем: римская сила могла вынести всѣ эти противоположности; при чем многіе другіе народы погибли бы, тѣм Рим дѣлался великим; противоположность, противорѣчіе, борьба были для Рима в его доброе время только упражненіем силы.

Предъидущее изслѣдованіе имѣло цѣлью в противность распространенному предразсудку, который полагает причину превосходства римскаго права исключительно в умственном одареніи Римлян, со всею силою оттѣнить значеніе в этом вопросѣ нравственнаго элемента. Я не имѣю однако права, указав, как я полагаю, с обѣих сторон — умственной и нравственной — благопріятное предрасположеніе римскаго народа к культурѣ права, упустить упомянуть в заключеніе еще об одном обстоятельствѣ, оказавшем в высшей степени полезное вліяніе. Это обстоятельство имѣет хотя и внѣшній, но не просто случайный характер. Я разумѣю сосредоточеніе римской жизни в городѣ Римѣ. Какое вліяніе имѣло это обстоятельство на развитіе права, это до того очевидно, что каждое слово об этом

Digitized by Google

было бы потерянным; надо только предположить тот случай, который вѣдь впослѣдствіи встрѣтился у нас в Германіи и столь чрезвычайно повредил развитію нашего отечественнаго права, что Рим вмѣсто *одного* центральнаго пункта для права и юриспруденціи обладал бы цѣлым множеством их, чтобы вполнѣ оцѣнить то вліяніе, которым Рим обязан этому преимуществу. Но я думаю, что мнѣ также мало слѣдует смотрѣть на это сосредоточеніе по отношенію к Риму, как на простой географическій факт, как мало мы, нѣмцы, имѣем права разсматривать наше бывалое политическое раздробленіе только с этой точки зрѣнія, я вижу в нем дѣло римскаго духа, проявленіе качества, котораго я не могу пройти молчаніем, если моя характеристика этого духа должна быть полной. Я разумѣю его *централизующую* силу. Не *мѣстная* централизація всей національной жизни — политической, религіи, права, культуры, — в *городѣ* Римѣ принуждает меня к принятію этого качества, но я полагаю, что оно выражается самым очевидным образом и в правѣ и его понятіях; у меня в теченіи моего сочиненія не будет недостатка в случаях показать это на многих примѣрах.

2. Отношеніе римскаго духа к данным исходным точкам.

XXI. Что сдѣлал римскій народ из того, в предъидущем указаннаго капитала, с которым он появляется в исторіи? На это только вторая система может нам дать положительный отвѣт, но с отрицательной стороны мы можем и должны отвѣтить на этот вопрос уже здѣсь, т. е. уже здѣсь должны уяснить себѣ то, чего он с собой *не* взял, или что, хотя *внѣшним образом*, как это было в манерѣ Римлян, и было с собой увлечено, однако внутренно уже раньше этого вымерло и в цвѣтущее время республики не представляло болѣе жизненнаго члена права.

Мы начинаем с религіознаго принципа, потому-что именно он прежде всего постигается этой судьбой. Если обратить свой взор на внѣшній вид, то слѣдовало бы думать, что он еще долго пользовался в Римѣ своим первоначальным вліяніем. Куда ни посмотришь, как в публичной, так и в частной жизни, повсюду вплоть до конца республики религія протѣсняется на первый план; нѣт такого важнаго акта, при котором бы она не присутствовала. И не смотря на это должен я

Digitized by Google

рѣшительно опровергнуть, чтобы религія оказывала в Римѣ во время республики опредѣляющее вліяніе на право и государство [232]). Не в том дѣло, выступает ли она внѣшним образом повсюду, во всем ли принимает участіе, соблюдаются ли ея формы, слѣдуют ли ея повелѣніям — все это было и однако это ничего не доказывает. Существенно то, что римскій дух низвел религію на степень средства для цѣли, что она была в римском государствѣ не госпожой, а служанкой. Не то, чтобы я полагал, чтобы Римляне с сознательной низостью распоряжались по своему с величайшей святыней [233]), я утверждаю только, что это было в римском существѣ лежащей необходимостью безсознательно и инстинктивно подчинять всѣ вещи своим цѣлям, отыскивать в них ту сторону, с которой они обладали самой бо̀льшей годностью для этих цѣлей.

Мое доказательство обратится, само собою разумѣется, на ту сторону римской религіи и церковнаго устройства, которая имѣла практическое отношеніе к государству и праву. Исключительно религіозная сторона этого устройства имѣет для нас лишь отрицательный интерес, насколько она нам именно показывает, как далеко стояла она позади первой. Жреческія званія, принадлежавшія этой сторонѣ, [234]) были, как политически безвліятельныя, мало отыскиваемы и потому плебеи при своей борьбѣ за духовныя должности совсѣм их не домогались. [235]) При формальности всей римской религіозности нечего и думать о нравственном вліяніи жрецов на народ, как это в других мѣстах встрѣчается так часто. У истинно

---

[232]) Ходячее мнѣніе конечно весьма отлично от здѣсь высказаннаго, но я не мог убѣдиться в его вѣрности.

[233]) Так впрочем понимали прежде это дѣло и Polybius VI, 56 первый подал дурной примѣр. Он разсматривает римскую религію только как средство, назначенное для того, чтобы держать в повиновеніи простой народ страхом пред богами, с этим сознательным намѣреніем выработанное и приведенное к примѣненію господствующим сословіем.

[234]) Понтифексы, авгуры, феціалы и X viri, впослѣдствіи XV viri sacris faciundis, имѣвшіе под своим присмотром сивиллськія книги, имѣли совершенно иное положеніе и здѣсь не разумѣются, но только собственно духовные: flamines, rex sacrificulus, весталки и т. д.

[235]) Случалось, что распутные молодые люди в наказаніе назначались (capti) Pont. maximus'ом в flamines. Liv. XXVII, 8.

Digitized by Google

религіознаго народа религія не ограничивается сама собой, своими догматами и формами, но проникает и захватывает всю нравственную жизнь націи. Призваніе жрецов имѣет соотвѣтственно этому такой же объем, они являются нравственными наставниками народа, и как таковые имѣют на него громаднѣйшее вліяніе. Совсѣм иначе у Римлян. Жрецы здѣсь только служители богов, и их задача ограничивается совершеніем внѣшняго служенія или наблюденіем за ним, религіозный догмат отступает пред этим служеніем на задній план, в послѣднія столѣтія республики приходит даже почти совсѣм в забвеніе, так что богослуженіе сдѣлалось во многих случаях лишь механическим воспроизведеніем непонятных и потому лишившихся значенія форм и поддерживалось только силою привычки, без внутренней потребности и пониманія; религіозное чувство находило свое удовлетвореніе болѣе внѣ, чѣм внутри государственной церкви. При таком ограниченіи чисто церемоніальным эти жрецы не могли пріобрѣсти никакого вліянія на жизнь, а что не имѣло вліянія, мало и уважалось в Римѣ. [236]) Весьма характеристическую противоположность с ними образует нравственно-судебная власть цензора; упущенное религіей нравственное ученіе дѣлается дѣлом государственнаго управленія, и свѣтское должностное лицо принимает на себя должность нравственнаго учителя и надзирателя.

Несравненно привлекательнѣе и поучительнѣе практически-политическая сторона римскаго религіознаго строя. Мы выше (§ 18) показали, в какой мѣрѣ религія проникала все древнее государство и право. Воззрѣніе, из котораго вышли эти воздѣйствія, было вѣроятно чисто религіозным, но оно само исчезло, а внѣшнія учрежденія остались.

Уже время римских царей не одушевлено болѣе тѣм образом мыслей, из котораго вышли эти учрежденія, [237]) начало же рес-

---

[236]) См. напр. Liv. XXVII, 8. Flamines diales имѣли право присутствовать в сенатѣ, но не осмѣливались им воспользоваться..... rem intermissam per multos annos ob *indignitatem* priorum flaminum, и когда К. Флакк в первый раз осмѣлился снова требовать этого права и отстоял свое притязаніе, то, как говорит Ливій, об этом было только одно мнѣніе: magis sanctitate vitae, quam sacerdotii jure rem eam flaminem obtinuisse.

[237]) Я радуюсь, что могу привести за это мнѣніе такой авторитет, как авторитет *Амброша* в его часто цитированных Studien u. s. w. S. 57: «Настолько

Digitized by Google

публики и первыя столѣтія ея обозначают рѣшительное пренебреженіе религіозными традиціями,[238]) конечно мотивированное крайними обстоятельствами, однако немыслимое, если бы религіозный дух был бы еще прежним. Этими принуждающими обстоятельствами было превозношеніе царскаго достоинства и возрастающее могущество и оппозиція плебеев. *Первое* привело к уничтоженію царскаго достоинства, явному нарушенію освященнаго устройства, которое плохо было прикрыто мнимым продолженіем царскаго достоинства в rex sacrificulus и как прецедент, на который плебеи могли постоянно указывать,[239]) было особенно опасно. *Второе* привело ко многим уступкам, которыя были столькими же проступками против Fas. Народ, воодушевленный истинно религіозным настроеніем, скорѣй допустил бы плебеев удалиться из города или оказал бы сопротивленіе до послѣдней капли крови, чѣм уступил бы им напр. connubium,[240]) или, ежели бы раз и уступил, чѣм вступал бы с ними в брак, или чѣм допустил бы их до

вѣрно, что то состояніе покоя и однообразія, в котором одном могло *возникнуть* то, с соблюденіем тысячи формальностей связанное жречество и религіозная система, уже во времена царей претерпѣло измѣненія. Преданіе не забыло выразить этот переход от религіи и мира к безбожію и войнам, это превращеніе духовнаго царства в свѣтское. Завоеватель Тулл несвѣдущ в древних постановленіях религіи, не радѣет об ней, является врагом богов. Его пріемник, с котораго безспорно начинается высшая политическая жизнь, освобождает себя и царское достоинство от многих обязанностей религіи, передавая не малую часть своих духовных функцій уполномоченным представителям. Еще болѣе перевѣшивает политическое направленіе при слѣдующих управленіях..... Послѣдній царь Рима является презрителем указаній отечественной религіи, послѣдователем чужеземных культов.» План старшаго Тарквинія самовластно преобразовать древнее освященное устройство введеніем трех новых триб также весьма характеристичен для духа того времени.

[238]) *Ambrosch* a. a. O. S. 64 Anm. 111 полагает начало упадка понтификальной теологіи и авгуральной дисциплины на время послѣ второй пунической войны. См. также стр. 66. Что должно было произойти раньше, чѣм такой упадок ученія был возможен? Что уже пред первой пунической войной можно указать слѣды падающаго почтенія к религіи, замѣтил он сам. Стр. 65 Anm. 116.

[239]) Как это и случалось. Liv. IV c. 6.

[240]) Точка зрѣнія, его исключавшая, лежала в слѣдующем: quod nemo plebejus auspicia haberet ideoque decemviros connubium diremisse, ne incerta prole auspicia turbarentur.

Digitized by Google

консульства, и такой народ едва ли уничтожил бы с корнем царское достоинство, вмѣсто того, чтобы избрать болѣе законный путь и выбрать на мѣсто изгнаннаго Тарквинія другаго царя.

Потому едва ли окажут патриціям несправедливость, если примут, что идея религіозной неприкосновенности устройства, которой они так охотно пользовались, как щитом, против требованій плебеев, уже потеряла свою неограниченную власть над умами. В освобожденіи государственнаго права от религіи и в уже столь рано послѣдовавшем ослабленіи религіознаго принципа особенно выдающееся участіе имѣли впрочем плебеи; их политическія стремленія и успѣхи необходимо влекли за собой этот результат. [240a]) Каждое пораженіе патриціев было в то же время пораженіем религіознаго принципа, каждая побѣда плебеев — побѣдой над идеей религіозной неприкосновенности государственнаго права. Вообще для римской религіозности имѣло самыя роковыя послѣдствія то, что религія занимала в древнем устройствѣ слишком выдающееся положеніе и потому постоянно чувствительно задѣвалась борьбой политических партій. Видѣть, как религія мало по малу теряет свои позиціи и постоянно остается в накладѣ — это должно было оказать самую вредную реакцію на религіозное настроеніе обѣих партій, это значило приводить их к мнѣнію, что политическій интерес в Римѣ сильнѣе религіознаго. Но именно то, что плебеи силою освободили патриціев из уз религіознаго принципа, было неоцѣнимой заслугой, они принудили *их* сообща с ними сдѣлаться из патриціев *Римлянами*.

Это отступленіе религіи из устройства простиралось не далѣе, чѣм этого требовал интерес плебеев, и ей осталась в устройствѣ еще значительная область, в которой она могла проявлять неоспоримое вліяніе. Но могущество, здѣсь ей оставленное, в дѣйствительности принадлежало ей самой менѣе, чѣм государству. Римляне научились в вышеупомянутой борьбѣ партій подчинять религію политическому интересу, и их дальнѣйшее обхожденіе с ней дѣлало честь

[240a]) *Schwegler* Röm. G. I, 735 с полным правом приводит в примѣр и сервиніанское устройство, в котором церковное «было второстепенным и побочным, между тѣм как древнепатрицийское устройство уже по своему принципу было в тоже время церковным устройством». Также стр. 638 там же.

Digitized by Google

этой школѣ; и она испытала теперь силу римскаго устройства, т. е. сдѣлалась средством для цѣли, ибо в том состояло вѣдь, как мы это показали раньше, римское устройство, что все, что росло и существовало на почвѣ римскаго міра, должно было сдѣлаться обязанным служить цѣлям послѣдняго. Религія, часто повторявшимися ударами лишенная ея дѣйствительной, живой силы, покорилась охотно и без сопротивленія, и только этой уступчивости, умѣвшей избѣгать всякаго повода к столкновенію с политическим интересом, была она обязана видом могущества и независимости. Римское государство соотвѣтствовало во всѣх вещах ея постановленіям и повелѣніям и видимо вполнѣ подчинялось ея авторитету, но оно могло уже это дѣлать, так как ея повелѣнія были так направлены, как подходили к нему всего лучше, ея авторитет подкрѣплял лишь то, чего оно само хотѣло, так что в окончательном результатѣ оно выигрывало содѣйствіе этой, все-таки могущественной союзницы, не принося с своей стороны существенных жертв. [241])

Я попытаюсь доказать вѣрность моего пониманія дѣла на важ-

---

[241]) Мнѣ могли бы сдѣлать возраженіе: какая нужда была в содѣйствіи религіи, когда она по предъидущему была лишена дѣйствительной живой силы? На это можно было бы отвѣтить, что во первых принятое мной отношеніе между религіей и политикой может найти мѣсто в высших слоях населенія, в которых оно только и могло в существѣ дѣла быть практическим, и не будучи дѣйствительным для простаго народа. Для времени Цицерона оказывается это, как извѣстно, вѣрным; невѣріе наверху, суевѣріе внизу! Но нам нѣт надобности для древнѣйшаго времени прибѣгать к этому, всегда очень сомнительному предположенію, гораздо лучше, думаю я, может нам разрѣшить это видимое противорѣчіе человѣческая природа. Когда вѣрят тому, чего желают, когда слѣдовательно воля предписывает направленіе вѣрѣ, то такая вѣра не должна была бы имѣть над нами никакого могущества, и однако как велико может быть это могущество. Этот самообман лежит глубоко в человѣческой природѣ, и в какой мѣрѣ и с какими послѣдствіями способен к нему цѣлый народ, этому, быть может, ни один не научает нас в такой степени, как римскій. Отсутствіе дѣйствительной религіозности и на ея мѣсто суевѣріе, которое, не смотря на то, что обыкновенно видит только то, что ему хочется видѣть, всетаки имѣет громадную силу над народом! Искали знаменій, но им слѣдовало и они должны были быть благопріятными — в первую пуническую войну П. Клавдій велѣл бросить в море кур, которыя отказывали в желанном знаменіи — натурально они постоянно выходили совершенно такими, как их желали, и все-таки это поднимало мужество войска, если было сказано, что знаменія выпали благопріятныя!

Digitized by Google

нѣйших, сюда принадлежащих, религіозно-политических учрежденіях, положеніях и т. д. [242]). Бросим сначала взгляд на тѣ *лица*, которым было довѣрено управленіе ими или попеченіе о них. Сюда принадлежат понтифексы, авгуры, феціалы и хранители сивилльских книг. Всѣ эти лица имѣли большое вліяніе, но оно было обусловлено обращенным к ним государственной властью требованіем вступить в функцію. Они отвѣчали, только когда и как были спрашиваемы, сами они не имѣли иниціативы. Должностное лицо могло, если хотѣло, одно предпринять ауспиціи и призвать толкователя знаменій, который не принадлежал к коллегіи авгуров; без его требованія предпринятое авгуром наблюденіе его не связывало. [243]) Коллегія могла по причинѣ ошибки в производствѣ ауспицій объявить недѣйствительным предпринятый акт, напр. избраніе должностнаго лица в комиціях, но, насколько я знаю, только тогда, когда была спрошена. Феціалы разрѣшали международноправовые спорные вопросы, но равным образом только тогда, когда от них это было потребовано. Понтифексы были стражами духовнаго права, в высшей степени уважаемыми, почитаемыми и вліятельными, но при столкновеніи с волею народа безсильными. На их уголовные приговоры можно было аппелировать к народу, и наоборот впослѣдствіи случалось, что народ кассировал их оправдательные приговоры, даже уже в пятом столѣтіи по основаніи города случилось, что народ принудил понтифекса максимуса предпринять служебное дѣйствіе, которое тот на основаніи духовнаго права объявил запрещенным. [244])

Но как бы велико или мало ни было вліяніе, принадлежавшее этим лицам — не забудем, что всѣ эти должности разсматривались и отправлялись как *государственныя должности*. Онѣ доставались лицам, которыя до тѣх пор жили совершенно интересами государ-

---

[242]) Нѣсколько хороших замѣчаній находится у Beaufort la republ. Rom. lib. I c. V.

[243]) См. о положеніи авгуров в особенности поучительное изслѣдованіе *Rubino* a. a. O. S. 44—62 и о положеніи феціалов там же, S. 170 u. flg. О хранителях сивилльских книг см. *Hartung* Röm. Relig. B. I S. 135.

[244]) Livius IX c. 46: coactusque consensu populi Cornelius Barbatus Pontifex maximus praeire verba, quum more majorum negaret nisi consulem aut imperatorem posse templum dedicare.

Digitized by Google

ства, и с принятіем этих должностей ни считали законченной свою политическую карьеру, слѣдовательно благосклонность народа впредь для себя излишней, ни дѣлались чуждыми интересу государства. Сословный интерес не искушал их злоупотреблять своею властью и расширять ее на счет государства; на этом, как и на всяком другом мѣстѣ, они чувствовали себя только гражданами и Римлянами, и образ мыслей, который одушевлял их как таковых, направлял их и при отправленіи их должности. Часто мог этот образ мыслей уничтожить уже в зародышѣ возможное столкновеніе духовнаго права с политическим интересом; он вѣдь опредѣлял дух, в котором понимались священныя книги, знаменія и т. д., и преданный государству понтифекс или авгур давал им, без сознательнаго лукавства или намѣренности, значеніе, всего болѣе соотвѣтствовавшее политической потребности. Это извѣстный, в то время, когда патриціи находились в исключительном владѣніи этими мѣстами, часто повторявшійся плебеями упрек, что они имѣли обыкновеніе пользоваться ими в интересѣ партіи. [245]) Что уже тогда совершалось в одном интересѣ партіи, пред тѣм еще менѣе останавливались впослѣдствіи, когда это приходилось дѣлать к истинному благу государства.

Я могу здѣсь еще обратить вниманіе на уже сдѣланное многими [246]) замѣчаніе, что правилом римскаго управленія было рели-

---

[245]) Напр. Liv. IV c. 7 (a. 310 U. C.).... augurum decreto perinde ac vitio creati honore abiere (tribuni militum), quod C. Curtius, qui comitiis eorum praefuerat, parum recte tabernaculum cepisset. Liv. VIII c. 23 (a. 428 U. C.)..... consulti augures vitiosum videri dictatorem pronuntiaverunt. Eam rem *tribuni suspectam infamemque criminando fecerunt*..... nec quemque mortalium exstare, qui se vidisse aut audivisse quid dicat, quod auspicium dirimeret, neque augures divinare Romae sedentes potuisse, quid in castris consuli vitii obvenisset. Cui non apparere, quod *plebejus* dictator sit, id vitium auguribus visum? Уже в 293 году Livius III c. 10 заставляет трибунов считать подозрительным опредѣленіе Duumviri librorum sacrorum: id factum ad impediendam legem tribuni criminabantur ingensque aderat certamen.

[246]) Напр. *Rubino* a. a. O. S. 204 Anm.: «Здѣсь надо только вкратцѣ напомнить о позднѣйшем образѣ дѣйствій по отношенію к haruspices, сивиллъским книгам, vates, принятію греческаго культа и многому другому, что уполномочивает на заключеніе о старинѣ. Principes не оставались нечувствительными к впечатлѣнію новых религіозных явленій и искусств, они привлекали их в свой

Digitized by Google

гіозным стремленіям, допускать которыя считалось политичным, указывать со стороны государства опредѣленное ложе и тѣм приводить их в свою зависимость. Публичное признаніе и уравненіе в правах новаго культа казалось Римлянам менѣе опасным, чѣм простая его терпимость; гдѣ угнетеніе его было болѣе невозможно, ему давали полную равноправность и, судя с чисто политической точки зрѣнія, выказывали этим болѣе вѣрный взгляд, чѣм новѣйшее время с его срединой просто терпимых вѣроисповѣданій. Риму не были извѣстны жрецы против воли допущеннаго культа, которые ненавистными ограниченіями и пренебреженіями побуждаются к ненависти к государству и пользуются своим могуществом над умами к его вреду; он или изгонял их, если считал опасным для государства культ, который они хотѣли ввести, или, если он терпѣл их и их культ, то давал им положеніе, которое вмѣсто того, чтобы вгонять их в оппозицію, наоборот дѣлало их готовыми служить его цѣлям.

Таково положеніе духовных лиц. Если мы обратимся теперь к догмату и культу, насколько послѣдніе вообще имѣли политическое отношеніе и интерес для государственнаго управленія, то во всей области римскаго міра едва ли есть болѣе неутѣшительное явленіе, чѣм какое они нам представляют. Не в том лежит отталкивающее, что тот дух, из котораго они вышли, был из них изгнан, а сами они всетаки продолжали свое существованіе, как пустыя маски— это явленіе повторяется всюду (II 500)—но в том, что пошлый и бездушный разум овладѣл ими с намѣреніем, хотя с одной стороны и поддержать их, [247]) с другой стороны однако же пригнать их к

круг, переработывали и пользовались ими свойственным им образом». Меценат рекомендовал это правило Августу, Dio Cassius l.II, 36. «Волхвованіе хотя должно было существовать, однако так, чтобы оно производилось публичными, государству извѣстными служителями, а не бродячими обманщиками.»

[247]) Было бы в высшей степени интересной задачей, которой однако здѣсь натурально нельзя заняться, показать сходство между римской юриспруденціей и разработкой религіи. Тѣже явленія, которыя представляет нам та (как напр. формализм, послѣдовательность, фикціи, мнимыя дѣйствія и т. д., даже многія матерьяльныя положенія) повторяются здѣсь (II 382 fl.), но с прямо противоположным результатом — что праву было соотвѣтственно и в высшей степени способствовало его выработкѣ, для религіи было в той же степени вредно и

Digitized by Google

своим цѣлям. Это согрѣшеніе разума на предметѣ, от котораго ему слѣдовало вѣчно оставаться в отдаленіи, этот сознательный или безсознательный іезуитизм, который соблюдает незначущія формы, потому что онѣ ему не мѣшают, а дѣйствительныя преграды, которыя противопоставляет ему религія, с жалкой софистикой удаляет с пути, это смѣшеніе суевѣрія и выказывающей себя на религіозных вещах хитрости и юридическаго искусства — вот отталкивающая темная сторона римскаго характера, зато в высшей степени годная, чтобы узнать на ней его истинное существо.

Посмотрим теперь, каковы тѣ религіозныя правила и формы, к строгому соблюденію которых приводится в сущности похвала, которой в столь чрезмѣрном размѣрѣ надѣлили римскую религіозность: [248]) развѣ они вполнѣ не согласуются с свѣтскими цѣлями Римлян? Их политическія установленія пользуются защитой религіознаго освященія — но религія достаточно уступчива, чтобы по востребованію подвергаться всевозможным перемѣнам. Религіозное отношеніе может, как внѣшнее одѣяніе, надѣваться на отношенія и с них снова сниматься. Инаугурація может при благопріятных ауспиціях быть объявлена недѣйствительной, [249]) чрез confarreatio заключенный в религіозном посвященіи брак может быть расторжен чрез diffarreatio, святость мѣста может быть снова уничтожена, даже боги могут быть принуждены к переходу из одного храма в другой. На оборот это освя-

---

отчуждало ее все болѣе и болѣе от ея истиннаго существа. Юридическіе вопросы обработывать теологически еще сноснѣе, чѣм теологическіе вопросы юридически. *Rubino* a. a. O. S. 219 Note 2 обращает вниманіе на то, что «довольно характеристично для римскаго образа мыслей justi atque injusti scientia обнимала также и религію». Юристу знакомо легальное опредѣленіе юриспруденціи, как rerum divinarum atque humanarum notitia, justi atque injusti scientia (L. 10 § 2 de J. et J. 1. 2) и точно также то, что ученіе о заста причислялось къ jus publicum. (L. 1 § 5 ibid.).

[248]) *Hartung* a. a. O. I S. 186 говорит напр.....: «итак должно отдать древним Римлянам полную справедливость, что они обладали и проявляли столь всеобщую, столь достаточную и столь непоколебимую религіозность, как едва ли какой либо другой народ на землѣ».

[249]) Уже о Тарквиніи младшем разсказывает Livius I c. 55: exaugurare fana sacellaque statuit.... omnium sacellorum exaugurationes admittebant aves.

Digitized by Google

щеніе не обусловлено религіозным отношеніем предмета, оно может быть дано каждому установленію. [249]a)

Феціалам слѣдовало при объявленіи войны кидать копье в непріятельскую землю — но когда это предписаніе при расширеніи государства сдѣлалось затруднительным, то помогли себѣ тѣм, что велѣли плѣнному солдату Пирра купить мѣсто пред храмом Беллоны и разсматривали это мѣсто как вражескую землю. [250]) Полководцу, котораго постигло несчастіе, слѣдовало дожидаться в Римѣ новых благопріятных ауспицій; и от этого обременительнаго предписанія Римляне освободились подобным же образом — любое мѣсто на театрѣ военных дѣйствій дѣлалось ager Romanus, и здѣсь предпринималось возобновленіе ауспицій. [251]) Обѣщанную жертву слѣдовало принести — «но надо знать, говорит Сервій, [252]) что при жертвах видимость принимается за дѣйствительность; если поэтому для жертвы требуются трудно доставаемыя животныя, то их дѣлают из хлѣба или из воска и приносят в дар изображенія;» вмѣсто потребных ланей, закалали овец, называли их однако ланями. Flamen dialis не *имѣл права* клясться, должностное лицо *должно было* учинять свою должностную присягу, обѣ должности были слѣдовательно несовмѣстимы. Но когда всетаки выбрали в эдилы Flamen'a Dialis, [253]) и к тому же случайным образом именно такого, который обратил на себя всеобщее вниманіе своей строгостью, [254]) то помогли бѣдѣ тѣм, что заставили за него клясться другаго, и строгій поборник духовнаго права нисколько не затруднился тѣм, что рѣшеніе народа ясно опредѣлило, что впрочем вѣдь и само собой понималось, что это должно было разсматриваться так, как будто бы он сам клялся, что слѣдовательно в дѣйствительности он избавлялся только от *акта* клятвы, но не от самой присяги. Праздник должен был святиться, для сознательнаго нарушенія этого

---

[249]a) В позднѣйшее время декретирует напр. сенат о том, что должно считаться fas, см. Frontin Strateg. IV. 1. 38: ne quem ex iis sepelire vel lugere *fas esset*.

[250]) Цитаты у *Hartung* a. a. O. II S. 271.

[251]) Цитаты у *Rubino* a. a. O. S. 89.

[252]) ad. Aen. II, 116. *Hartung* a. a. O. I S. 160.

[253]) a. U. C. 552. Liv. XXXI, 50.

[254]) Liv. XXVII, 8.

Digitized by Google

повелѣнія не было возможно даже искупленіе — но практической потребности религія подчинялась, необходимая работа могла совершаться и в праздники. [255])

Поучительнѣе дальнѣйшей выборки [255]a) таких отдѣльных примѣров будет подвергнуть оцѣнкѣ цѣлое ученіе духовнаго права, которое для государства имѣло как раз самое рѣшительное значеніе, я разумѣю ученіе об ауспиціях и знаменіях [256]). Было потребностью религіознаго чувства получить для каждаго сколько нибудь важнаго дѣйствія согласіе богов, и вѣрующей душѣ небо и птицы, как божественные посланники, сообщали волю богов. Позднѣйшее время прибавило еще многія другія средства познаванія, ѣду кур, внутренности жертвеннаго животнаго и т. д. и вѣра старалась даже дѣйствіям людей, несчастным случаям обыкновеннаго рода, именам и т. д. дать смысл, предвѣщающій счастье или несчастье.

Рядом с этим однако не отрекалась от себя и римская хитрость. Ученіе о предзнаменованіях было так устроено, что не человѣк был подчинен знаменіям, а знаменія человѣку.

Мы должны различать собственно ауспиціи, которыя наблюдались и объяснялись по правилам искусства, от простых примѣт, которыя представлялись не отыскиваемыя. Что касается до послѣдних, то учили; [257]) что онѣ находятся совершенно во власти

---

[255]) *Hartung* a. a. O. I S. 188. Macrobius Sat. I. 16: Scaevola consultus, quid feriis agi liceret respondit, quod praetermissum noceret.

[255]a) См. другіе у *Danz* a. a. O. S. 238 fl.

[256]) Какую бы важную роль ни играли в римской частной жизни ауспиціи, предзнаменованія и т. д., однако в высшей степени характеристично то, что мы не в состояніи указать в римском частном правѣ ни малѣйшаго слѣда их вліянія. Правда в одном новѣйшем сочиненіи сдѣлана странная попытка приписать omen'у такое вліяніе, однако суевѣрныя идеи народа отскакивали безсильно от юридической теоріи. Юридическая обработка присяги представляет поразительное доказательство, как умѣла область частнаго права замкнуться от всякой, самой по себѣ ему чуждой идеи. Обѣщательная клятва юридически была вполнѣ недѣйствительна (пусть вспомнят при этом для противоположности о каноническом правѣ), утвердительная понималась только с точки зрѣнія полюбовной сдѣлки, все равно, вѣрно ли или ложно принесенная; contemta jurisjurandi religio satis deum habet ultorem (L. 2 Cod. de reb. cred. 4. 1).

[257]) *Hartung* a. a. O. I. S. 101 Servius ad Aen. I. 530, nam nostri arbitrii

Digitized by Google

того, кто их замѣтил, он мог их принять (accipio omen) или отвергнуть (ad me non pertinet), даже дать им другое направленіе [258]) и значеніе. Ежели он съумѣл в тоже мгновеніе, как только онѣ были замѣчены, замѣнить прежде всего навязывающееся неблагопріятное значеніе подходящим благопріятным, то сила знаменія была уничтожена, видимая угроза превращалась в обѣтованіе [259]). Неблагопріятное знаменіе, которое не было замѣчено дѣйствующим лицом, не имѣло для него никакого значенія, потому при жертвоприношеніи обыкновенно закрывали лицо, чтобы не замѣчать знаменій, а при произнесеніи торжественных молитв, формул присяги и т. д. заставляли играть флейтиста, чтобы обезопасить и уши [260]).

С настоящими ауспиціями дѣло происходило точно также. Авгуральная дисциплина была строга, очень строга в том, что касалось точнаго соблюденія форм, но кто точно исполнял формы, тот мог достигнуть всего, чего хотѣл [260a]). Как благодѣтельна с одной стороны эта строгость, которая с малѣйшей ошибкой в формѣ связывала недѣйствительность цѣлаго акта, как удобна она для уничтоженія государственно-правовых актов, которыми застигались врасплох, напр. для уничтоженія выбора народом неспособнаго должностнаго лица [261]). Но с другой стороны как эластична эта дисциплина, когда дѣло шло о том,

---

est, visa omina vel improbare vel recipere. Plin. Hist. N. XXVIII, 4 полагает к этому: quo munere divinae indulgentiae majus nullum est.

[258]) Хитростію и даже обманом можно было присвоить себѣ знаменіе, которое досталось другому. Я укажу напр. на содѣянный жрецом Діаны обман, о котором разсказывает Livius I, 45 и на подобную же, но разстроенную предосторожностію другой стороны попытку, которую сообщает Plinius Hist. natur. XXVIII, 1 § 15: (..... *transiturum fuisse fatum in Etruriam*, nisi praemoniti.... legati Romani respondissent etc.).

[259]) *Hartung* a. a. O. I S. 101, приводящій между другими примѣрами извѣстный примѣр Цезаря, который, спрыгнув на Африканском берегу с корабля на землю, упал и быстро сообразив, воскликнул: Теперь ты моя, Африка.

[260]) Plin. Hist. nat. lib. XXVIII. c. 2 § 11 ..... tibicinem canere, ne quid aliud exaudiatur.

[260a]) Cic. de nat. deor. II. 3 § 9: veritas auspiciorum spreta est, species tantum (простой вид) retenta.

[261]) Примѣры уже встрѣчались выше в примѣчаніи 245.

Digitized by Google

чтобы найти дурныя или хорошія знаменія. Правило, имѣвшее силу по отношенію к законам, что позднѣйшій уничтожает прежній, было перенесено [262]) также на ауспиціи и отдавало их совершенно во власть ищущаго. Положим, что при их посредствѣ надо было воспрепятствовать какой либо мѣрѣ, распустить одержимое безпокойным духом народное собраніе, тогда наблюдающее за ауспиціями должностное лицо продолжало свое наблюденіе до тѣх пор, пока наконец не получало неблагопріятную ауспицію. Наоборот совершалось, когда требовалось получить благопріятную; оно прекращало свое наблюденіе, как только получало желаемое, всѣ предшествовавшія неблагопріятныя знаменія теряли силу при послѣднем благопріятном [262]a). Чтобы воспрепятствовать народному собранію было даже достаточно, чтобы в тот же день какой либо magistratus, даже minor, предпринял servare de coelo и увѣдомил об этом сзывающаго [263]).

Небесныя знаменія, если при упорном продолженіи наблюденія и должны были наконец достаться ищущему, однако могли заставить ждать себя нѣкоторое время. В походѣ, гдѣ часто рѣшает мгновеніе, нуждались в таких знаменіях, на немедленное наступленіе которых можно было разсчитывать, как напр. tripudium, ѣда кур [264]). Для этой цѣли каждый полководец возил с собой кур, которыя держались в постоянном состояніи голода, знаменіе было слѣдовательно совершенно во власти ищущаго. Если наоборот требовалось получить неблагопріятное знаменіе, то брали сытых кур — онѣ совсѣм не ѣли или, если и ѣли, то с желательной

---

[262]) *Rubino* a. a. O. S. 69 Anm. 1 и там цитированныя мѣста из Servius ad Aen. II, 691: si dissimilia sunt posteriora, solvuntur priora. XII, 183: in auguriis prima posterioribus cedere.

[262]a) Liv. V. 38, 39: postero die auspiciis repetitis pertulit legem. Точно также поступают китайцы при своих, посредством палок совершаемых ауспиціях, они продолжают манипуляцію до тѣх пор, пока палки падают благопріятно.

[263]) Все равно, было ли наблюденіе благопріятно или неблагопріятно, простаго акта servare de coelo было достаточно. См. *Rubino* a. a. O. S. 74 u. f. [Иначе теперь *Mommsen* Röm. Staatsrecht I 34].

[264]) Требовалось, чтобы онѣ жадно бросались на корм, и чтобы при ѣдѣ что-нибудь из предложеннаго корма упало на землю—для заморенных кур, особенно если выбирали корм сообразно с этим, не очень затруднительное требованіе!

Digitized by Google

осторожностью. О сивилльских книгах, как кажется, можно утверждать тоже самое, онѣ были так неопредѣленно написаны, так многознаменательно, что из них можно было вычитать все, что было угодно [265]).

Заслуживает быть замѣченным, что во всѣх этих случаях субъективно не требовалось никакого обмана [265]a); сама религія, т. е. практическій инстинкт Римлян, сдѣлала правила и учрежденія столь эластичными, что они и при строгом соблюденіи всегда подчинялись мгновенным цѣлям. Авгуральная дисциплина могла отвѣчать за то, что она дала знаменія в руки ищущаго, самого послѣдняго не мог коснуться упрек, если он находил то, чего искал в интересѣ государства [265]b).

С религіозной точки зрѣнія это вырожденіе института, вышедшаго первоначально из религіозной потребности, имѣет нѣчто отвратительное и доказывает ранній упадок истинной религіозности в Римѣ; послѣдняя не могла бы согрѣшить пред богами таким образом, чтобы унизить отыскиваніе их согласія до степени пустой шутки. Если же, как и должно, весь этот институт с его, на волю государственнаго управленія отданными духовными должностными лицами, знаменіями, причинами недѣйствительности и т. д., разсматривать как *политическій* институт, то конечно с этой точки зрѣнія заслуживает он быть поставлен также высоко, как низко стоит он в религіозном отношеніи [265]c). Замѣчательная практичность этого института заключается, как я полагаю, не столько в его положительной сторонѣ, не в том именно, что он служил управленію средством внушать народу довѣріе, доставлять своим распоряженіям, как одобренным богами, авторитет и послушаніе, сколько в его отрицательной функціи, т. е. в его годности тормозить и

---

[265]) *Hartung* a. a. O. I S. 135.

[265]a) Который впрочемъ не рѣдко совершался, Liv. X, 33 pullarius auspicium mentiri ausus.

[265]b) См. также еще III, 215 разсмотрѣнное правило, что отвѣтственность за объявленныя ауспиціи падает только на авгуров, должностное лицо не обязано замѣчать их невѣрности.

[265]c) Таково пониманіе и самих Римлян, Cic. de leg. II, 13 auspicia ista ad utilitatem esse reipublicae composita ibid. III, 12.

Digitized by Google

обезсиливать политическія мѣропріятія [265]d). Неблагопріятныя ауспиціи и даже простое servare de coelo со стороны магистрата представляли законное средство отсрочить назначенное народное собраніе, а это было уже большим выигрышем при временном возбужденіи страстей народа. Ошибки в формѣ, случившіяся при производствѣ ауспицій, дѣлали возможным уничтожать [266]) по недѣйствительности такіе промахи и опрометчивости должностных лиц и народа, которые иначе не могли быть болѣе исправлены никаким средством, сообразным с государственным устройством, так что коллегію авгуров, которая давала рѣшенія об этих случаях недѣйствительности, можно посему назвать *высшим политическим кассаціонным судом* [266]a).

Результат нашего изслѣдованія таков: *господство* религіи над правом ограничено древнѣйшим временем, в государственной и правовой системѣ цвѣтущаго времени республики отношеніе дѣлается как раз обратным, отношеніе римскаго духа к религіозному принципу состоит слѣдовательно в том, что он пользуется послѣдним как средством для цѣли. Религіозно-правовые институты и формы внѣшним образом живут еще долгое время, но дух искоренен, корни римской нравственности покоятся уже не в религіи, а в государственном и правовом принципѣ. Но цвѣтущее время республики представляет нам в тоже время и доказательство, какую нравственную силу в состояніи проявить один государственный и правовой принцип, как скоро человѣк проникся им весь [267]). Государственный и правовой принцип заступает мѣсто религіознаго.

---

[265]d) Cic. de leg. III, 12 auspicia, ut multos inutiles comitiatus probabiles impedirent morae; saepe enim populi impetum injustum auspiciis dii immortales represserunt.

[266]) Я укажу напр. на случай в примѣчаніи 245, касающійся назначенія диктатора, Liv. VIII, 23 и Pseudo Ascon. (Orelli p. 68) и Appian I, 24.

[266]a) По крайней мѣрѣ по *формѣ;* по *существу* же был им сенат, так как от него зависѣло, хотѣл ли он придать силу причинѣ недѣйствительности и потребовать мнѣнія от коллегіи, в содержаніи котораго он конечно мог быть заранѣе увѣрен.

[267]) На это обращает вниманіе уже Августин в приведенном Амброшем мѣстѣ, de civit. Dei V, 12:.... qui (Romani) causa honoris, laudis et gloriae consulerent patriae, in qua ipsam gloriam requirebant, salutemque ejus saluti suae praeponere

Digitized by Google

Если мы обратимся теперь к прочим исходным точкам римскаго права, то с одной из них, с субъективным принципом, мы можем покончить здѣсь замѣчаніем, что слѣдующую систему должно разсматривать преимущественно как его дѣло, что там слѣдовательно представится нам случай изучить этот принцип на апогеѣ его силы и законченности. Как он развился исторически, какое значеніе имѣли для него стремленія плебеев, законодательство XII таблиц и т. д., это не относится сюда, это должны мы предоставить исторіи римскаго права. Для нашей цѣли достаточно знать, что позднѣйшее правовое развитіе преимущественно опирается на этот принцип. В противоположность дальнѣйшему развитію и совершенствованію во всѣх отношеніях, которое находит субъективный принцип в позднѣйшем правѣ, семейный принцип все болѣе и болѣе теряет свое значеніе. Его роль была съиграна, когда задача, которой он должен был служить при образованіи государства, была исполнена; готовое государство не имѣло болѣе нужды в несовершенной формѣ образующагося, и если родовое устройство по манерѣ Римлян и продолжало свое существованіе еще цѣлыя столѣтія при вполнѣ измѣнившихся отношеніях, то в этом повторяется лишь тоже самое зрѣлище, с которым мы встрѣтились при религіи: продолженіе существованія старинных форм, но без их стариннаго значенія. И с этой стороны опять плебеям обязаны тѣм, что они вынудили прогресс, в высшей степени важный как для свободнаго расцвѣта частнаго права, так и для развитія политической жизни. Независимость как частно-правоваго, так и политическаго положенія от семейнаго союза была той идеей, которую они внесли в патриційское родовое государство. Им обязано своим происхожденіем чистое, т. е. от вліянія семейнаго принципа освобожденное, слѣдовательно позднѣйшее римское частное право [268]). В политическом отношеніи являются они представителями права личной силы в противоположность праву рожденія, представителями

---

non dubitarent, *pro isto uno vitio i. e.* amore laudis, *pecuniae cupiditatem et multa alia vitia comprimentes.*

[268]) Что отдѣльныя слѣдствія семейнаго принципа в измѣненном видѣ, т. е. как совершенно общія учрежденія, продолжают свое существованіе еще в позднѣйшем правѣ, уже сообщено ранѣе, это в особенности относится к цензурѣ стр. 165), cura prodigi (стр. 167), actio popularis (стр. 160).

Digitized by Google

принципа свободной, самоначинающейся и весь свой мір из себя самой и посредством себя самой образующей личности в противоположность плотному сцѣпленію, замкнутости и связанности рода, представителями права настоящаго в противоположность праву прошедшаго. Пунктом, в котором плебейскій принцип впервые пробивается на счет семейнаго, является военное устройство. Военный интерес быть может повсюду всего легче оставляет без вниманія преграду рожденія. Сервіанское устройство показывает нам плебеев и патриціев соединенными в *одно* войско, а мѣрой военной обязанности и права голоса, насколько оно принадлежало центуріатным комиціям, является в нем *имущество*. Но имущество есть ничто иное, как матерьяльная сила *единичной личности* и постоянно подвергается измѣненіям, может пріобрѣтаться и теряться, между тѣм как семейство остается; имущество составляет таким образом самую рѣшительную противоположность семейному принципу. Практически ставить его мѣрой политических прав и обязанностей, значило подрубать под корень родовое государство.

Значеніе военнаго принципа, как полагали мы в его время, заключалось нестолько в том, что он имѣл предметом военное устройство римскаго народа, не в его технико-военной, но в его эѳико-политической сторонѣ, именно в том, что он строгой дисциплиной, которую приносит с собой военная служба, пріучил народ к повиновенію, закону и порядку. В этом смыслѣ и *его* значеніе было преходяще. Я не отрицаю, что и впослѣдствіи дух законности, присущій Римлянам, черпал свою лучшую пищу из того же источника, из котораго, по моему мнѣнію, этот дух первоначально вышел — для всѣх народов нѣт болѣе дѣйствительнаго средства безпрерывно оплодотворять его, чѣм всеобщая воинская повинность — я разумѣю лишь то, что та первоначальная функція военнаго устройства, как учебнаго заведенія для политическаго воспитанія народа, т. е. для пріученія его к закону и порядку, повиновенію и послушанію, была окончена, когда эта цѣль была достигнута. Сбродная толпа искателей приключеній, как вѣдь преданіе изображает первоначальное населеніе Рима, не привыкшая к закону и порядку, нуждалась в желѣзной строгости военной дисциплины, чтобы научиться послушанію и повиновенію, но чему научился отец, остается сыну, чему этот, — внуку, а правнук в солдатском семействѣ является

Digitized by Google

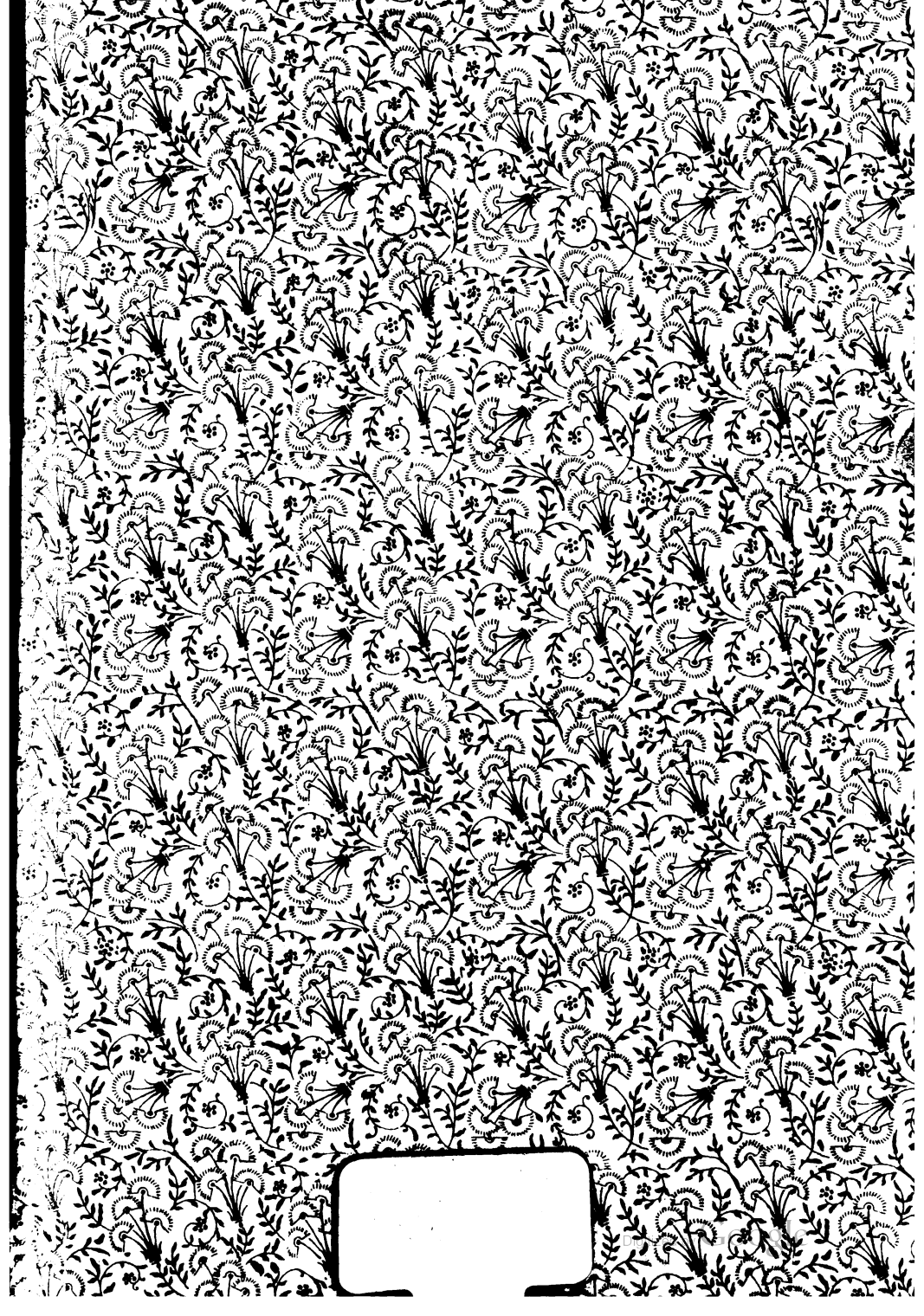
уже добрым гражданином, и не будучи сам солдатом. Так и для Рима наступил момент, когда в солдатѣ выработался гражданин, когда магистрат не нуждался болѣе в помощи полководца, чтобы найти потребный авторитет, короче когда государство могло опереться само на себя, так как сознаніе закона и порядка сдѣлалось общим достояніем; с этого момента военное устройство отступило на второй план, оно теперь уже не было болѣе самим государством, но институтом в его руках, в его власти.

Итак и военный принцип совершенно также, как и религіозный и семейный, теряет в позднѣйшее время свое первоначальное значеніе. Но и по отношенію к нему повторяется выше указанное явленіе: внѣшнія учрежденія и формы продолжают, не смотря на это, свое существованіе. Народное собраніе сохраняет порядок войска, и множество воспоминаній из древняго времени постоянно напоминают еще о том, что народ был первоначально войском. Точно также, несмотря на вытѣсненіе царей магистратами, власть послѣдних чрез посредство понятія imperium примыкает без перерыва к первоначальному военному главнокомандованію царя. Но у этого imperium были подрѣзаны сухожилія, по крайней мѣрѣ для гражданских властей в городѣ Римѣ. Только в случаѣ бѣды являлось оно в лицѣ диктатора и внутри города в своем первоначальном видѣ. Политическій инстинкт Римлян чувствовал, что царская власть не могла быть абсолютно отвергаема, но что злоупотребленіе, в котором она была виновна, имѣло свое основаніе только в пожизненной продолжительности, что напротив того быстро преходящее возстановленіе ея, при котором нельзя было бояться опасности злоупотребленія, во времена тяжелой опасности было единственным достаточно сильным лекарством. Так сохранило римское устройство на ряду с правильной системой раздѣленія власти возможность чрезвычайнаго концентрированія ея в руках одного лица, на ряду с другими преимуществами республиканских учрежденій и упругость абсолютной монархіи. В походѣ imperium всегда продолжало существовать в неослабленной силѣ, и в продолженіи еще многих столѣтій каждое поколѣніе проходило по крайней мѣрѣ в своей юности благотворную школу военнаго воспитанія. Военная служба была приготовленіем и ступенью к настоящей государственной службѣ.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google